

Die Wahlprüfung und ihre verfassungsrechtlichen Grundlagen

DISSERTATION

vorgelegt der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

der

Johannes Gutenberg-Universität in Mainz

von

Assessor Peter Karpenstein

Wiesbaden

1962



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554408_0068

Die Wahlprüfung und ihre verfassungsrechtlichen Grundlagen

DISSERTATION

vorgelegt der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

der

Johannes Gutenberg-Universität in Mainz

von

Assessor Peter Karpenstein

Wiesbaden



1962

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Peter Schneider

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Hubert Armbruster

Tag der mündlichen Prüfung: 27. Februar 1962

Inhaltsverzeichnis

	Seite
§ 1 Einleitung	15
Erster Hauptteil: Wesen und Ziel der Wahlprüfung	19
§ 2 Die Begriffe	19
I. Die Begriffe	
1. Wahlprüfung	19
2. Wahlfehler	19
3. Materielles Wahlprüfungsrecht	19
II. Die Zusammenhänge	20
III. Die Einordnung von Wahlbeeinflussungen	21
§ 3 Das Ziel der Wahlprüfung	21
I. Wahlvorgang oder Wahlergebnis	22
II. Stimmenergebnis oder Sitzverteilung	27
III. Parteien- oder Abgeordnetenwahl	29
1. Meinungen und Tatsachen	29
2. Konsequenzen	30
3. Würdigung	33
4. Das Ergebnis	36
§ 4 Wesen und Bedeutung des Wahlfehlers	37
I. Das Wesen des Wahlfehlers	37
II. Umfang der Berücksichtigung	39
1. Strafbare Handlungen	39
2. Fehlerhafte Wahlgesetze	40
III. Die Stellung des Wahlfehlers im Verfahren	44
Zweiter Hauptteil: Das materielle Wahlprüfungsrecht	47
§ 5 Fragestellung und Methode	47
§ 6 Rechtfertigung der Untersuchung	48
I. Der Erheblichkeitsgrundsatz	48
II. Anlaß der Untersuchung	50
§ 7 Die Wahl als Staatsakt	54
I. Die Anwendbarkeit der Lehre vom fehlerhaften Staatsakt	
II. Nichtigkeit oder Aufhebbarkeit	54
III. Lösungsmöglichkeiten	56
1. Die logisch-deduktive Lösung	56

2. Die Lösung nach der Evidenztheorie	57
a) Die ältere Rechtsprechung	57
b) Die jüngere Rechtsprechung	60
c) Würdigung	61
3. Die teleologische Lösung	63
IV. Die Aufgabe	64
§ 8 Die Funktionen der Wahl	64
I. Die Organbildungsfunktion	64
II. Die demokratische Funktion	65
III. Das Spannungsverhältnis	67
§ 9 Der Interessenkonflikt	68
I. Die Interessen an der Kassation	68
II. Die Interessen an der Aufrechterhaltung	68
III. Das Postulat	70
§ 10 Die Grundregel des materiellen Wahlprüfungsrechts	70
I. Das formale Rangverhältnis	71
II. Das materielle Gewicht	72
III. Die Lösung aus dem Mehrheitsprinzip	73
IV. Der Erheblichkeitsgrundsatz als Folge des Mehrheitsprinzips	76
V. Die Allgemeingültigkeit des Erheblichkeitsgrundsatzes	77
§ 11 Die ungewisse Kausalität	79
I. Das Problem	79
II. Die sogenannte Gültigkeitsvermutung	80
III. Das Primat des Volkswillens	85
§ 12 Die Erheblichkeitsprüfung	86
I. Allgemeines	86
II. Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit	89
§ 13 Die Beweismittel	95
I. Die Wählereinvernahme	96
II. Andere Beweismittel	99
§ 14 Die Beweislast	100
I. Die formelle Beweislast	100
II. Die materielle Beweislast	101
§ 15 Die wahlprüfungsrechtlichen Reaktionen	102
I. Die möglichen Reaktionen (Kassation — Berichtigung)	103

II. Die Grenzen der Berichtigung	106
III. Der Umfang der Kassation	110
§ 16 Das Recht auf Repräsentation	114
I. Die Doppelnatur der Reaktionen	114
II. Einschränkungen der Wiederholungswahl	114
III. Der Inhalt des Wahlrechts	116
IV. Folgerungen	120

Schrifttum

- Affolter, Urs*: Die rechtliche Stellung des Volkes in der Demokratie und der Begriff der politischen Rechte, Züricher Dissertation, 1948 (Heft 5 der Studien zur Staatslehre und Rechtsphilosophie, herausgegeben von Z. Giacometti und D. Schindler).
- Anschütz, Gerhard*: Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 13. Aufl., Berlin 1930.
- Apelt, Willibald*: Die Wahlrechtsentscheidung des Staatsgerichtshofes und die letzte Regierungsbildung im Freistaat Sachsen in AöR N. F. 18, 121 ff.
- Ball, Kurt*: Das materielle Wahlprüfungsrecht — seine Entwicklung und seine Rechtsgrundsätze, Heft 11 der Öffentlich-rechtlichen Abhandlungen, herausgegeben von Triepel u. a., Berlin 1931.
- Bäumlin, Richard*: Die rechtsstaatliche Demokratie, Berner Dissertation, Zürich 1954.
- Bender, B.*: Der nichtige Verwaltungsakt (ein kritischer Beitrag zum Theorienstreit) in DVBl. 1953, 33 ff.
- Bonner Kommentar*: Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Hamburg 1954. Zitierweise: (Bearbeiter) in BK . . .
- Braunias, Karl*: Das parlamentarische Wahlrecht. Ein Handbuch über die Bildung der gesetzgebenden Körperschaften in Europa, II. Band: Allgemeiner Teil, Berlin und Leipzig 1932. Zitierweise: Braunias II.
- Cellier, Jean*: Das Verhältnis des Parlaments zum Volke, Züricher Dissertation, 1936.
- Drath, Martin*: Das Wahlprüfungsrecht bei der Reichstagswahl, Berlin 1927.
- Fischbach, Oscar*: Das öffentliche Recht des Reichslandes Elsaß-Lothringen, Tübingen 1914 (erschieden als Band 26 in „Das öffentliche Recht der Gegenwart“, herausgegeben von Huber u. a.).
- Forsthoff, Ernst*: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I. Band, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. München und Berlin 1956.
- — : Zur verfassungsrechtlichen Stellung und inneren Ordnung der Parteien in DRZ 1950, 313 ff.
- Friesenbahn, Ernst*: Parlament und Regierung im modernen Staat, ein Vortrag, erschienen als Heft 16 in VVDStRL (1958), S. 9 ff.
- Geiger, Willi*: Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, Kommentar, Berlin und Frankfurt 1952.
- Greeve, Joachim-Christoph*: Die Wahlprüfung unter besonderer Berücksichtigung der Wahl zum Bundestag der Bundesrepublik Deutschland, Hamburger Dissertation, 1953 (nur Maschinenschrift).

Grundlagen eines deutschen Wahlrechts: Bericht der vom Bundesminister des Innern eingesetzten Wahlrechtskommission, Bonn 1955.

Zitierweise: Grundlagen . . .

Hamann, Andreas: Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, Berlin, Neuwied und Darmstadt 1956.

Hatschek, Julius: Das Parlamentsrecht des Deutschen Reiches, Erster Teil, Berlin-Leipzig 1915.

Zitierweise: Parlamentsrecht.

— — : Deutsches und Preußisches Staatsrecht, 2. Aufl., Band I, Berlin 1930.

Zitierweise: Dt. und Preuß. Staatsrecht, Bd. I.

Hennis, Wilhelm: Meinungsforschung und Repräsentative Demokratie, Tübingen 1957 (erschieden als Heft 200/201 der Sammlung Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart).

Henrichs, Wilhelm: Über die Rechtsfolgen fehlerhafter Wahlgesetze in NJW 1960, 1746 ff.

Hermes: Wahlrecht und demokratische Staatsstruktur in DÖV 1953, 133 f.

Hettner: Die Rechtsprechung des Wahlprüfungsgerichtes beim Reichstage in DJZ 1930 Sp. 1088 ff.

— — : Die neueste Rechtsprechung des Wahlprüfungsgerichtes beim Reichstag in DJZ 1931 Sp. 324 ff.

v. Hippel, Ernst: Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts. Ein Beitrag zur Methode einer teleologischen Rechtsauslegung, Berlin 1924.

Imboden, Max: Der nichtige Staatsakt, Zürich 1944.

Jakobi, Erwin: Die verfassungsmäßigen Wahlgrundsätze als Gegenstand richterlicher Entscheidung in Festgabe für Richard Schmidt, Band I, S. 59 ff., Leipzig 1932.

Jebens: Die Stadtverordneten, 2. Aufl., Berlin 1905.

Jellinek, Georg: Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., 6. Neudruck, Darmstadt 1959.

Jellinek, Walter: Der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich und die Splitterparteien. Zugleich eine Untersuchung über die Rechtsfolgen ungültiger Wahlgesetze; in AöR N. F. 15, 99 ff.

— — : Die Zusammensetzung der Landesparlamente, insbesondere das Wahlrecht und die Wahlprüfung in Hdb DtStR, Band I, S. 620 ff., Tübingen 1930.

— — : Besprechung des Buches von Ball in AöR N. F. 36, 506 ff.

Kaisenberg, Georg: Die Wahlprüfung in HdbDtStR, Band I, S. 400 ff., Tübingen 1930.

— — : Wahlfreiheit und Wahlheimnis in Nipperdey, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Band 2 (1930), S. 161 ff.

Zitierweise: Wahlfreiheit.

- Kaufmann, Erich*: Grundtatsachen und Grundbegriffe der Demokratie, München 1950.
- Kelsen, Hans*: Über Staatsunrecht in Grünhuts Zeitschrift, Band 40, S. 54 ff.
- — : Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen 1929.
Zitierweise: Demokratie.
- Kind, Klaus*: Die rechtliche Stellung des Volkes in der Demokratie, Frankfurter Dissertation 1955.
- Laband, Paul*: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Aufl., Band I, Tübingen 1911.
- Lechner, Hans*: Bundesverfassungsgerichtsgesetz, München und Berlin 1954.
- Leibholz, Gerhard*: Das Wesen der Repräsentation unter besonderer Berücksichtigung des Repräsentativsystems. Ein Beitrag zur allgemeinen Staats- und Verfassungslehre (Heft 13 der Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht). Berlin—Leipzig 1929.
- — : Der Sturkturwandel der modernen Demokratie. Vortrag, gehalten in der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 30. 4. 1952 (Heft 2 der Schriftenreihe dieser Gesellschaft), Karlsruhe 1952.
- — : Parteienstaat und repräsentative Demokratie in DVBl. 1951, 1 ff.
- Leser, Guido*: Untersuchungen über das Wahlprüfungsrecht des Deutschen Reichstages in Staats- und Völkerrechtliche Abhandlungen, herausgegeben von Georg Jellinek und Anschütz, Band VII, Heft 2, Leipzig 1908.
- v. Mangoldt, Herrmann*: Das Bonner Grundgesetz, Berlin und Frankfurt 1953.
- v. Mangoldt-Klein*: Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl., Band I und Band II. 1. Lieferung, Berlin und Frankfurt 1955 ff.
- Maunz, Theodor*: Deutsches Staatsrecht. Ein Studienbuch, 10. Aufl., München und Berlin 1961.
- Maunz-Dürig*: Grundgesetz, Kommentar (Loseblatt-Ausgabe 1.—4. Lieferung) München und Berlin 1960 f.
- Meisser, Hans*: Demokratie und Liberalismus in ihrem Verhältnis zueinander. Züricher Dissertation 1941.
- Mock*: Die Rechtsprechung in Wahlanfechtungssachen in DJZ 1912 Sp. 305 ff.
- v. Mohl, Robert*: Kritische Erörterungen über die Ordnung und Gewohnheiten des Deutschen Reiches in Zeitschrift für die gesamten Staatswissenschaften, Band 30, S. 529 ff. (1874), und in Band 31, S. 39 ff. (1875).
Zitierweise: Kritische Erörterungen.
- Müller, Peter-Felix*: Das Wahlsystem. Neue Wege der Grundlegung und Gestaltung, Zürich 1959.
- Nass, Klaus Otto*: Wahlorgane und Wahlverfahren bei Bundestags- und Landtagswahlen. Grundlagen des Wahlvollzuges (erschieden als Band 28 der Göttinger Rechtswissenschaftlichen Studien), Göttingen 1959.

- Nawiasky, Hans*: Allgemeine Staatslehre, Zweiter Teil Band 1 (Staatsgesellschaftslehre), Einsiedeln, Zürich und Köln 1952.
- Piccenoni, Vito*: Die Kassation von Volkswahlen und Volksabstimmungen in Bund, Kantonen und Gemeinden in Züricher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Neue Folge, Heft 115, Aarau 1945.
- Rechtliche Ordnung des Parteiwesens*: Bericht der vom Bundesminister des Innern eingesetzten Parteienrechtskommission, Frankfurt u. Berlin 1957.
- Rietdorf, Fritz*: Gesetz über die Kommunalwahlen im Lande Nordrhein-Westfalen.
Zitierweise: Kommentar.
- — : Wahlprüfung und verwaltungsgerichtliche Generalklausel in DV 1949, 665 ff.
- Rink, Hans-Justus*: Der Grundsatz der unmittelbaren Wahl im Parteienstaat in JZ 1958, 193 ff.
- v. Rönne, Ludwig*: Das Staatsrecht der Preussischen Monarchie, 4. Aufl., Leipzig 1881.
- Rosenthal, Julius*: Über den reichsrechtlichen Schutz des Wahlheimnisses, Tübingen 1918.
- Schelcher*: Zur Entscheidung des Staatsgerichtshofes über die sächsischen Landtagswahlen vom 31. Oktober 1926 in AöR N. F. 17, 109 ff.
- Schindler, Dietrich*: Über die Bildung des Staatswillens in der Demokratie, Zürich 1921.
- Schiller, Klaus*: Das sachliche Wahlprüfungsrecht und seine Randgebiete; bezogen auf Bundesrecht und nordrhein-westfälisches Landrecht, Bonner Dissertation 1958 (nur Maschinenschrift).
- Schmitt, Carl*: Verfassungslehre, München und Leipzig 1928, unveränderter Neudruck 1954.
- Schmitt, Werner*: Der Verlust des Abgeordnetenmandats in den politischen Volksvertretungen der Bundesrepublik Deutschland, Göttinger Dissertation 1955.
- Schneider, Peter*: Ausnahmezustand und Norm. Eine Studie zur Rechtslehre von Carl Schmitt, Stuttgart 1957.
- — : Prinzipien des totalitären Staats- und Rechtsdenkens in Band 1 der Studien des Instituts für Ostrecht, Berlin 1958, S. 5 ff.
- — : „In dubio pro libertate“ in der Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages (1860—1960), Band II, S. 263 ff., Karlsruhe 1960.
- Seifert, Karl-Heinz*: Parlamentarische Wahlprüfungen und Verwaltungsgerichtsbarkeit in DÖV 1953, 365 ff.
- — : Das Bundeswahlgesetz, Bundeswahlordnung und wahlrechtliche Nebengesetze, Berlin und Frankfurt 1957.
Zitierweise: BWG 56.

— — : Das Bundeswahlgesetz, Ergänzungsheft, Berlin und Frankfurt 1961.
Zitierweise: Nachtrag 1961.

Seydel, Max: Der Deutsche Reichstag in Hirths Annalen, Band 13 (1880),
S. 352 ff.

Stier-Somlo, Fritz: Deutsches Reichs- und Landesstaatsrecht, Band I, Berlin
und Leipzig 1924.

Thürk, Walter: Zu den Rechtsfolgen des Beschlusses des Bundesverfassungs-
gerichtes über die Nichtigkeit des § 25 Abs. 2 Satz 1 des saarländischen
Kommunalwahlgesetzes in DVBl. 1960, 795 ff.

Triepel, Heinrich: Die Staatsverfassung und die politischen Parteien, Rek-
toratsrede vom 3. August 1927 (erschieden als Heft 10 der Öffentlich-
rechtlichen Abhandlungen, herausgegeben von Triepel u. a.), Berlin 1928.

Unkelbach, Helmut: Grundlagen der Wahlsystematik, Göttingen 1956.

Weber, Werner: Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungs-
system, 2. Aufl., Stuttgart 1958.

Westerath, Heribert: Die Wahlverfahren und ihre Vereinbarkeit mit den
demokratischen Anforderungen an das Wahlrecht in Münsterische Bei-
träge zu Rechts- und Staatswissenschaft, Heft 3, Berlin 1955.

Kleinere Schriften und Aufsätze, auf die sich die Arbeit nicht entscheidend
stützt, sind in den Fußnoten eingearbeitet.

Abkürzungsverzeichnis

A. A.	Anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
AS Rh-Pf	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Koblenz
Bad.	Baden, badisch
Bad.-Württ.	Baden-Württemberg (isch)
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
Bayer.	Bayern, bayerisch
BFH	Bundesfinanzhof
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT	Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht, zugleich auch amtliche Samm- lung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundes- verwaltungsgerichts
BWG 56	Bundeswahlgesetz vom 7. 5. 1956
BWO	Bundeswahlordnung
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung, Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift
Dt.	Deutsch
DV	Deutsche Verwaltung, Zeitschrift für Verwaltungsrecht
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
E.	Entscheidung
Erl.	Erläuterung
ESVGHE	Entscheidungssammlung des hessischen und baden-würt- tembergischen Verwaltungsgerichtshofes

G	Gesetz
GBI.	Gesetzblatt
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. 5. 1949
GS	Gesetzessammlung
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
HdbDtStR I	Handbuch des deutschen Staatsrechts, herausgegeben von Gerhard Anschütz und Richard Thoma, Band I, Tübingen 1930
Hess.	Hessen, hessisch
i. d. F.	in der Fassung
i. V. m.	in Verbindung mit
Jg.	Jahrgang
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KWO	Kommunalwahlordnung
Lammers-	Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes für das Deutsche Reich und des Reichsgerichts auf Grund Art. 13 Absatz 2 der Reichsverfassung, herausgegeben von Heinrich Lammers und Walter Simons
Simons	
LG	Landgericht
LT	Landtag
LT Wahl	Landtagswahl
LVG	Landesverwaltungsgericht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
N. F.	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nordrh.-Westf.	Nordrhein-Westfalen (isch)
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte für die Länder Nordrhein-Westfalen in Münster sowie Niedersachsen und Schleswig-Holstein in Lüneburg
Pr., Preuß.	Preußen, preußisch
Pr. OVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht, zugleich: Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts

Pr. VBl.	Preußisches Verwaltungsblatt
RdErl.	Runderlaß
Reg.Bl.	Regierungsblatt
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rspr.	Rechtsprechung
RStGH	Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich
RT	Reichstag
RWPG	Wahlprüfungsgericht beim Weimarer Reichstag
S.	Seite
Saarl.	Saarland, saarländisch
sächs.	sächsisch
Sp.	Spalte
StAnz.	Staatsanzeiger
Stenogr.	Stenographisch
StGB	Strafgesetzbuch
StGH	Staatsgerichtshof
Urt.	Urteil
Verf.	Verfassung
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VerwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VGHE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des bayerischen Verfassungsgerichtshofes sowie des Verwaltungsgerichtshofes in München
VerwRspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland, Sammlung oberstrichterlicher Entscheidungen aus dem Verfassungs- und Verwaltungsrecht
VGG	Verwaltungsgerichtsgesetz
VO	Verordnung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer
Westf.	Westfalen
WG	Wahlgesetz
WPG	Wahlprüfungsgericht
WV	Weimarer Reichsverfassung vom 11. 8. 1919

Gegenstand dieser Arbeit ist die Überprüfung von Wahlen zu den parlamentarischen und kommunalen Volksvertretungen. So bedeutsam und viel beschrieben der Willensbildungsprozeß des Volkes bei der Wahl ist — das Bundesverfassungsgericht¹⁾ hat von der ursprünglichsten und wichtigsten Äußerungsform der repräsentativen Demokratie gesprochen —, so merkwürdig berührt es, daß die Kontrolle dieses Prozesses von der staatsrechtlichen Literatur weitgehend vernachlässigt worden ist. Noch bei den Beratungen des Verfassungsentwurfes von Herrenhiemsee wurde die Wahlprüfung z. B. als eine Angelegenheit von untergeordneter Bedeutung bezeichnet²⁾.

Die Probleme der Wahlprüfung sind so alt wie die des materiellen Wahlrechts. Mit der allmählichen Verwirklichung demokratischer Ideen, d. h. mit dem Beginn des vorigen Jahrhunderts, hat es in Deutschland stets auch eine Überprüfung der Wahlen gegeben. Für die mit dem Gebiet zuerst befaßte Praxis waren die auftauchenden Probleme anfänglich Neuland. Zweifelsfragen wurden zunächst ohne Erörterung der Zusammenhänge nur für den Einzelfall entschieden. Erst im Laufe der Zeit machte sich eine gewisse Kontinuität bemerkbar. Vorbildlich wurde weitgehend die Praxis des ersten Deutschen Reichstages, Vorbildlich wurde aber auch die sehr umfangreiche Rechtsprechung des für den Bereich der Kommunalwahlen in weiten Teilen Norddeutschlands zuständigen Preuß. OVG. Abgesehen von einigen Einzelerörterungen war es in der Literatur erstmals Hatschek, der im Jahre 1915 die Reichspraxis in seinem „Parlamentsrecht“ kritisch und unter Heranziehung der gesamten bis dahin vorliegenden Rechtsprechung zusammengestellt hat. Neben einigen Dissertationen, die die Wahlprüfung im Bismarckreich und im Weimarer Staat betreffen, auf die allgemeinen Probleme aber kaum eingehen, war es im Jahre 1931 dann Ball, der in einer längeren Abhandlung chronologisch die Entwicklung der parlamentarischen und der kommunalen Wahlprüfungspraxis aufzeichnete. Die Arbeit Balls beschränkt sich im wesentlichen auf eine Bestandaufnahme. Sie berücksichtigt nahezu den gesamten bis 1930 angefallenen Stoff. Unterschiede in der Entwicklung versucht sie aus der jeweiligen politischen Konstellation zu erklären. So unbestreitbar wertvoll diese umfassende Darstellung ist, so leidet sie doch bei der Fülle des wiedergegebenen Materials an einer gewissen Unübersichtlichkeit. Die rein beschreibende Methode macht fortwährende Wiederholungen unvermeidlich. Was man bei Ball aber vor allem vermißt, ist die kritische Auseinandersetzung. Die Arbeit ist darauf beschränkt, aus der herangezogenen Wahlprüfungsrechtsprechung am Ende des jeweiligen Abschnittes das Extrakt herauszuschälen. Diese Sätze darf man aber kaum als die Ansicht des Verfassers ansehen. Der selbst gestellten Aufgabe entsprechend enthält sich Ball,

1) BVerfG 3, 26 unten.

2) Vgl. v. Mangoldt, Erl. 1 zu Art. 41 GG.

von geringfügigen Ausnahmen abgesehen, selbst zu wesentlichen Streitfragen der eigenen Stellungnahme. Vielleicht ist dies der Grund, weshalb die sonst so gründliche Darstellung von der Praxis kaum beachtet wurde³⁾.

Seit 1945 liegen, soweit ersichtlich, an monographischen Veröffentlichungen in Deutschland nur die im Jahre 1953 erschienene Arbeit von Greeve vor, sowie eine erst bei der Erstellung dieser Arbeit erschienene Dissertation von Klaus Schiller aus dem Jahre 1958. Beide Veröffentlichungen legen den Schwerpunkt der Bearbeitung auf die Wahlprüfung beim westdeutschen Bundestag⁴⁾. Eine sehr umfassende Darstellung, allerdings nur für das Schweizer Recht, ist dagegen im Jahre 1945 von Piccenoni vorgelegt worden. Die Ergebnisse dieser Arbeit sind weitgehend auch für den deutschen Rechtsbereich verwertbar. Kurz im Zusammenhang erörtert ist das materielle Wahlprüfungsrecht schließlich noch in dem Kommentar von Seifert zum Bundeswahlgesetz von 1956.

Der hiermit vorgelegten Arbeit geht es weniger um die Erörterung des Wahlprüfungsrechts einer bestimmten parlamentarischen oder kommunalen Körperschaft als um eine theoretische Durchdringung der allgemeinen Prinzipien. Um dieser Aufgabe gerecht zu werden, wurde der Stoff auf die Hauptfragen der Wahlprüfung beschränkt. Es wurde aus dem gleichen Grunde nicht die beschreibende, sondern die dogmatische Darstellungsform zugrundegelegt. Dem Verfasser liegt einmal an einer Beleuchtung der Institution der Wahlprüfung als solcher, zum anderen möchte er aber auch ihre Funktionen im Dienste einer praktischen Verwirklichung der Demokratie herausarbeiten. Wichtig erschien es ihm dabei, zu den Hauptfragen, auch wenn über sie im wesentlichen Einigkeit besteht, die weiteren verfassungsrechtlichen Zusammenhänge aufzuzeigen und so das Gebiet auf eine tiefere Grundlage zu stellen. Es entspricht z.B. einer verbreiteten Ansicht, daß die Regeln des materiellen Wahlprüfungsrechts lediglich das Produkt einer Interessenabwägung seien. Diese gilt es zu berichtigen. Sich auf die allgemeinen verfassungsrechtlichen Voraussetzungen zu besinnen, besteht aber auch deswegen Anlaß, weil das Wahlprüfungsrecht formell zwar sehr ausführlich, materiell hingegen nur teilweise und regelmäßig auch nur lückenhaft geregelt ist.

Der gestellten Aufgabe entsprechend können nicht sämtliche mit der Wahlprüfung zusammenhängende Fragen behandelt werden. Ganz ausgeklammert wurde z. B. die verfahrensrechtliche Seite, das sog. formelle Wahlprüfungsrecht. Ausgeklammert wurden ferner die mehr technischen Einzelheiten, mit denen sich die Arbeit Schillers sehr ausführlich auseinandersetzt. Soweit sie von besonderer Wichtigkeit sind, werden Einzelheiten und Randprobleme in den Fußnoten erörtert. Es wurde auch darauf verzichtet, die

3) Obwohl die Arbeit Balls als das umfassendste Werk auf dem Gebiete der Wahlprüfung bezeichnet werden muß, hat der Verfasser sie nur in drei Entscheidungen (BVerfG 5, 6; VGH München in VGHE N. F. 3, 91 und OVG Lüneburg in Verw. Rspr. 11, 76) zitiert gefunden.

4) Die Arbeit Schillers befaßt sich daneben auch noch mit dem Wahlprüfungsrecht in Nordrhein-Westfalen.

gegenwärtig maßgeblichen Länder- und Gemeindewahlgesetze und die dazu ergangenen Wahlprüfungsordnungen jeweils vollständig anzuführen. Eine solche Aufzählung wäre bei der häufigen Änderung der Wahlgesetze bald überholt und deswegen wertlos. Schließlich glaubte der Verfasser, sich einen geschichtlichen Überblick versagen zu sollen. Hierzu ist in der erwähnten Abhandlung von Ball mit nicht mehr zu überbietender Gründlichkeit alles, was zu berichten wäre, gesagt worden. Nur wo es zur Veranschaulichung der Materie erforderlich erscheint, soll im Zusammenhang mit den einzelnen Fragen auch auf die geschichtliche Entwicklung eingegangen werden.

Wesen und Ziel der Wahlprüfung

§ 2 Die Begriffe

Zum besseren Verständnis der folgenden Untersuchungen sei zunächst eine kurze Übersicht über die wichtigsten Begriffe und ihre Zusammenhänge gegeben.

I. Die Begriffe

1. *Wahlprüfung*: Wie schon das Wort sagt, bedeutet Wahlprüfung die Überprüfung einer parlamentarischen oder kommunalen Wahl auf ihre Rechtmäßigkeit. Wahlprüfung ist dem Gegenstand nach ein verfassungsrechtlicher Kontrollprozeß in bezug auf die aktivbürgerliche Willensbildung. Meist erfolgt sie nur auf bestimmte Rügen hin¹⁾, und je nach der Bedeutung einer Wahl wird sie von den gewählten Körperschaften selbst, von einem bei diesen gebildeten Wahlprüfungsgericht²⁾, oder — wie bei den Kommunalwahlen — zunächst von den Aufsichtsbehörden und im weiteren Verlauf von den allgemeinen Verwaltungsgerichten durchgeführt. So einfach der Begriff als solcher ist — er ist an sich nur die Umschreibung einer bestimmten Tätigkeit —, so bestehen doch über Ziel und Aufgabe der Wahlprüfung erhebliche Meinungsverschiedenheiten. Darüber wird jedoch später zu handeln sein.

2. *Wahlfehler*: Im Rahmen dieser Arbeit wird als Wahlfehler jede bei der Wahl vorgekommene Rechtswidrigkeit verstanden. Derartige Rechtswidrigkeiten, für die viele Gesetze den Ausdruck „Unregelmäßigkeiten“ verwenden, können mannigfacher Art sein. Sie sollen im einzelnen hier nicht dargestellt werden, vielmehr ist beabsichtigt, die Ausführungen in diesem Punkt auf einige grundsätzliche Bemerkungen zu beschränken³⁾. Festzuhalten ist hier lediglich, daß sich die Frage, ob ein Wahlfehler vorliegt, nach dem jeweils maßgeblichen Wahlrecht beurteilt⁴⁾.

3. *Materielles Wahlprüfungsrecht*: Stellt sich bei der Wahlprüfung eine Rechtswidrigkeit nicht heraus, dann kann mit Sicherheit gesagt werden, die Wahl ist gültig und die aus ihr hervorgegangene Vertretung besteht zu Recht. Über die Fehlerlosigkeit eines so komplexen Vorganges, wie es der Wahlakt

1) Vgl. unten § 14 I.

2) Besondere Wahlprüfungsgerichte bestehen für die LT-Wahlen in Berlin, Bremen, Hessen und Rheinland-Pfalz. In den übrigen Ländern und im Bund obliegt die Wahlprüfung in erster Instanz dem gewählten Parlament, in zweiter Instanz dem jeweiligen Verfassungsgerichtshof. Zu der etwas unklaren Ausdrucksweise des Art. 33 Bayer. Verf. vgl. Art. 59 des bayer. LandeswahlG i. d. F. vom 5. 9. 1958 (GVBl. S. 221) und § 42 des Gesetzes über den bayer. VerFGH vom 22. 7. 1947 (GVBl. S. 147).

3) Vgl. unten § 4.

4) Vgl. v. Mangoldt-Klein, Erl. II d zu Art. 41 GG.

ist, lassen sich jedoch objektive Aussagen kaum machen. Es entsteht daher die Frage, wie diese Ungewißheit im Tatsächlichen zu beurteilen ist. Dies ist die erste Frage des sog. materiellen Wahlprüfungsrechtes.

Recht eigentlich problematisch wird die Sache aber erst dann, wenn sich — was angesichts der vielen Beteiligten an der Wahl sehr häufig der Fall ist — im Wahlakt ein Fehler herausstellt. Die Wahlprüfungsinstanzen stehen dann vor der Frage, welche Rechtsfolgen diesem Verstoß beizumessen sind. Eben diese Frage, die Frage nach den rechtlichen Folgen eines Wahlfehlers für die Gültigkeit einzelner Stimmen, für das Stimmenergebnis und die aus diesem Ergebnis gewonnene Verteilung der Abgeordnetenmandate bildet den Gegenstand dessen, was man als das Gebiet des sachlichen oder materiellen Wahlprüfungsrechtes bezeichnet⁵⁾. Der Ausdruck „materiell“ soll dabei den Gegensatz zum formellen Wahlprüfungsrecht, der Summe der Verfahrensregeln, kennzeichnen. Auf eine kurze Formel gebracht ließe sich mithin der Begriff des materiellen Wahlprüfungsrechtes umschreiben als die Summe der Regeln über die Rechtsfolgen eines Wahlfehlers⁶⁾.

II. Die Zusammenhänge

Die Begriffe „Wahlprüfung“, „Wahlfehler“ und „materielles Wahlprüfungsrecht“ stehen in enger Beziehung zueinander. Während die beiden letzten sachlich-rechtliche Regeln zum Gegenstand haben, ist die Wahlprüfung nur der äußere Rahmen, in dem an Hand des jeweiligen Wahlrechts etwaige Wahlfehler ermittelt werden und alsdann über deren Rechtsfolgen vermittlels der Sätze des materiellen Wahlprüfungsrechtes zu entscheiden ist.

Im Rahmen dieser Arbeit ist in erster Linie das materielle Wahlprüfungsrecht von Interesse, d. h. die Frage, *wann ein Wahlfehler Folgen für die Gültigkeit einer Wahl hat und welches diese Folgen sind*. Dabei werden wir sehen — das Ergebnis sei hier insoweit vorweggenommen —, daß sich die Regeln des materiellen Wahlprüfungsrechtes in wenigen Sätzen zusammenfassen lassen. Vom materiellen oder sachlichen Wahlprüfungsrecht als einem eigenen Rechtsgebiet zu sprechen, erscheint daher ein wenig vermessen. Dennoch soll an dem Begriff, der sich in der Fachsprache eingebürgert hat, festgehalten werden, und zwar deswegen, weil er die Zweiteilung des bei der Wahlprüfung zur Anwendung gelangenden Rechts bedeutsam macht.

Begrifflich gesehen gibt es kein eigentliches Wahlprüfungsrecht, sondern nur die *Wahlprüfung*, die in einer Verquickung von *sachlichem Wahlrecht* und dem *materiellen Wahlprüfungsrecht* geschieht. Der Wahlfehler können viele sein, sie sind so vielgestaltig und unvorhersehbar, daß ihre vollständige Erfassung kaum möglich erscheint, unter anderem schon deswegen nicht, weil die der Wahl zugrundeliegenden wahlrechtlichen Bestimmungen erfahrungsgemäß sehr häufig geändert werden. Demgegenüber wohnt dem sachlichen

⁵⁾ Vgl. Ball S. 2 und 161; Seifert in DÖV 1953, 366 und Rietdorf in DV 1949, 666. In BWG 56 S. 322 will Seifert im Gegensatz zu seinen früheren Ausführungen zum materiellen Wahlprüfungsrecht auch die „Normen über die Wahlfehler“ rechnen; dazu unten § 3.

⁶⁾ Ähnlich Drath, Vorwort IV.

Wahlprüfungsrecht eine gewisse Stetigkeit inne. Man könnte in Anwendung des bekannten Satzes von Otto Mayer von der Vergänglichkeit des Verfassungsrechtes und der Beständigkeit des Verwaltungsrechtes auch für die Wahlprüfung sagen, daß das Wahlrecht vergänglich sei und sich entsprechend den politischen Verhältnissen ändere. Das materielle Wahlprüfungsrecht als Bestandteil der allgemeinen Rechtsordnung ist jedoch — wie unten noch zu zeigen sein wird — von den wechselnden politischen Regimen im wesentlichen unbeeinflusst geblieben.

III. Die Einordnung von Wahlbeeinflussungen

Von der hier getroffenen Unterscheidung zwischen Wahlrecht und materiellem Wahlprüfungsrecht will Ball⁷⁾ im Falle der sog. Wahlbeeinflussung eine Ausnahme machen. Nach ihm gehört auch die Abgrenzung der unzulässigen Beeinflussung des Wählerwillens von der zulässigen in das Gebiet des materiellen Wahlprüfungsrechtes, weil die Zulässigkeit von Wahlbeeinflussungen üblicherweise nicht in der Lehre vom Wahlrecht ihren Platz finde, sondern rechtliche Bedeutung erst bei einem etwaigen Einfluß auf die Gültigkeit einer Wahl gewinne. Ein Grund für eine derartige Ausnahme von der hier getroffenen Unterscheidung zwischen Wahlfehler und materiellem Wahlprüfungsrecht ist nicht ersichtlich. Nicht nur die unzulässige Einflußnahme, sondern alle Wahlfehler gewinnen rechtliche Bedeutung erst durch ihren Einfluß auf die Gültigkeit einer Wahl. Wenn sich Lehre und Gesetzgebung über die Zulässigkeit von Wahlbeeinflussungen bisher wenig Gedanken gemacht haben, so schließt das nicht aus, die Abgrenzung von zulässigen und unzulässigen Beeinflussungen vor allem unter dem Gesichtspunkt der Freiheit der Wahl selbständig, d. h. außerhalb eines Wahlprüfungsverfahrens, zu entscheiden. Es wäre arg um die Rechtswissenschaft bestellt, wenn sie die Grenzen der Zulässigkeit nicht isoliert, sondern nur unter dem Gesichtspunkt einer Auswirkung auf das Wahlergebnis beantworten könnte. Es ist deshalb Schiller⁸⁾ darin Recht zu geben, daß die Frage der Zulässigkeit einer Wahlbeeinflussung systematisch nicht dem materiellen Wahlprüfungsrecht, sondern der Lehre vom Wahlfehler und damit dem Wahlrecht angehört.

§ 3 Das Ziel der Wahlprüfung

Um die Probleme der Wahlprüfung richtig zu erfassen, ist es notwendig, die Frage nach ihrem Ziel an den Anfang der Erörterungen zu stellen. Von der Beantwortung dieser Frage hängen wesentliche praktische Schlußfolgerungen ab. Auch lösen sich viele, zum Teil umstrittene Probleme, wie etwa die Verschuldenstheorie Hatscheks¹⁾ oder die Frage, in welchem Umfang eine Fehlerhaftigkeit zu berücksichtigen ist, von selbst, wenn man sich über Ziel und Zweck der Wahlprüfung Klarheit verschafft.

7) Ball S. 2/3, S. 87 und S. 229; ebenso auch Seifert, BWG 56 S. 31 unten, was allerdings bei dessen Einstellung (vgl. unten § 3) nicht weiter verwunderlich ist.

8) Schiller S. 30 ff.

1) Vgl. unten § 4. I.

I. Wahlvorgang oder Wahlergebnis

Oberstes Ziel des Wahlprüfungsverfahrens ist es — darüber besteht Einigkeit —, den wahren, unverfälschten Volkswillen zu ermitteln und ihm zum Durchbruch zu verhelfen. In der Frage, ob sich die Überprüfung nur auf die Richtigkeit des Wahlergebnisses bezieht oder auch auf den diesem zugrundeliegenden Wahlvorgang, gehen die Meinungen jedoch auseinander.

1. Während man früher nahezu einhellig die Auffassung vertrat, daß die Wahlprüfung nur die rechtmäßige Zusammensetzung der gewählten Körperschaft zum Gegenstand habe²⁾, meinen neuerdings Maunz³⁾, Greeve⁴⁾ und Seifert⁵⁾, Ziel der Wahlprüfung sei mindestens ebenso sehr auch die Überprüfung des gesamten Wahlverfahrens auf seine ordnungsgemäße Durchführung.

In seinem Lehrbuch begründet Maunz diese These nicht weiter. In der kürzlich erschienenen Kommentierung des Art. 41 GG spricht er zwar anfänglich wieder davon, daß auch „die Gesamtheit der tragenden Wahlvorgänge“ Gegenstand des Prüfungsverfahrens seien, wenige Sätze weiter beschränkt er das Prüfungsziel aber (nicht ganz konsequent) auf die „gesetzmäßige Zusammensetzung des Bundestages“⁶⁾. Greeve und Seifert sehen hingegen ganz offensichtlich in der Reinheit und Lauterkeit des Wahlablaufs eine selbständige Prüfungsaufgabe. Greeve meint, daß jeder Wähler das Recht haben müsse, schwere Mängel des Wahlverfahrens unabhängig von ihrer Auswirkung auf das Wahlergebnis verbindlich überprüfen zu lassen. Nur so lasse sich der in den Wahlen zum Ausdruck kommende demokratische Gedanke festigen, und nur so sei die Gewähr gegeben, daß ein einmal vorgekommener Fehler in Zukunft nicht mehr auftrete⁷⁾. Wie Seifert sieht er deswegen aus „rechtsstaatlichen Gründen“ nicht nur in der Richtigkeit der einzelnen Wahlberufungen, sondern vor allem in der Überprüfung der tragenden Wahlvorgänge auf ihre Gültigkeit eine Hauptfrage der modernen Wahlprüfung. Er beruft sich, ebenso wie Seifert, für seine Ansicht auf eine Entwicklung, die von der ursprünglich reinen Mandatsprüfung allmählich zur Prüfung der Ordnungsmäßigkeit des Wahlablaufs geführt habe.

2. Es wäre müßig, diese Streitfrage zu vertiefen, wenn von ihr nicht erhebliche praktische Konsequenzen abhingen. Wenn nämlich wirklich auch die Ordnungsmäßigkeit des Wahlverfahrens Hauptfrage der Wahlprüfung wäre, dann müßten die Wahlprüfungsorgane jeder ersichtlichen Fehlerquelle

2) So namentlich Ball S. 2; Coester in „Die Rechtskraft der Staatsakte“, München und Leipzig 1927, S. 350; Drath S. 2 Anm. 3; Kühn in „Formen des verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes im deutschen Reichs- und Landesstaatsrecht“ in Leipziger Rechtswissenschaftliche Studien, Heft 39, S. 35; Laband, Staatsrecht Bd. I, S. 338 und v. Mohl, Württ. Staatsrecht, S. 576 u. 583. Aus der Kommunalwahlrechtssprechung vgl. etwa: Pr. OVG 54, 67 und Pr. VBl. Jg. 46, 315f.

3) Maunz, Staatsrecht, S. 295.

4) Greeve S. 29/30 und S. 76 ff.

5) Seifert, BWG 56 S. 319 ff. u. S. 336. Im Jahre 1953 hat Seifert noch für die herkömmliche Auffassung plädiert, vgl. DÖV 1953, 365 ff., bes. 366 linke Sp.

6) Vgl. Maunz-Dürig Rand Nr. 5 und 6 zu Art. 41 GG.

7) Greeve S. 29.

auf den Grund gehen. Sie müßten sich mit mühsamen und zeitraubenden Ermittlungen auch dann befassen, wenn von vornherein feststeht, daß nach den Sätzen des materiellen Wahlprüfungsrechts der aufgetauchten Fehlermöglichkeit eine Bedeutung nicht zukommen kann. Würde beispielsweise für einen größeren Wahlbezirk behauptet, es seien in vier oder fünf Fällen Wähler in strafbarer Weise bestochen worden, dann bedürfte es nach der von Seifert und Greeve vertretenen Ansicht einer langwierigen Beweisaufnahme über den Tatbestand der Bestechung selbst dann, wenn sich an der Sitzverteilung im Parlament durch Abzug von fünf Stimmen bei keiner der beteiligten Parteien etwas ändern würde.

In ihrer praktischen Auswirkung bringt die von Seifert und Greeve vertretene Auffassung mithin nicht nur erhebliche arbeitsmäßige Erschwernisse mit sich, sondern zugleich auch eine Verzögerung des Verfahrens. Sie macht es unmöglich, die Frage, ob eine bestimmte Handlung rechtmäßig ist oder nicht, im Rahmen der Wahlprüfung dahingestellt sein zu lassen, wenn und soweit sich der behauptete Verstoß mit Sicherheit auf das Wahlergebnis nicht auswirken konnte⁸⁾. Gerade diese Fälle sind aber in der Praxis die häufigsten, und es vereinfacht und verbilligt das Verfahren ganz wesentlich, wenn nicht jeder im Einzelfall zweifelhaft erscheinenden Maßnahme auf den Grund gegangen werden muß. Wahlfehler kommen immer wieder vor. Wie Greeve⁹⁾ selbst hervorhebt, lassen sie sich angesichts der zunehmenden Kompliziertheit des Verfahrens bei einer kleineren Wahl kaum, bei jeder größeren dagegen im Hinblick auf die Vielzahl der Beteiligten überhaupt nicht vermeiden. Die Erfahrung lehrt jedoch, daß die große Mehrzahl aller Fehler für den Wahlausgang ohne Bedeutung bleibt. So ist etwa bei den Reichstagswahlen der Weimarer Zeit in der dritten und vierten Wahlperiode ein für das Wahlergebnis bedeutsamer Fehler überhaupt nicht vorgekommen¹⁰⁾.

3. Nun ließe sich aus den von Seifert und Greeve angestellten Erwägungen eine bloße Erschwernis des Wahlprüfungsverfahrens vielleicht noch hinnehmen. Erwarten würde man dann allerdings, daß dieser Erschwernis ein greifbarer Gewinn gegenüberstände. Sieht man jedoch die von Seifert und Greeve in dieser Richtung gemachten Vorschläge durch, so sind sie kaum geeignet, die Richtigkeit der herkömmlichen Auffassung in Zweifel zu stellen. Seifert zieht im Endeffekt aus seiner Ansicht überhaupt keine praktischen Schlußfolgerungen. Im Gegensatz zur herrschenden Auffassung will er zwar nicht die richtige Mandatszuteilung, sondern das richtige Stimmenergebnis im Wahlbezirk für maßgeblich ansehen¹¹⁾. Er bezeichnet demgemäß

8) Im Widerspruch zu seiner in DÖV 1953, 366 linke Sp. vertretenen Auffassung hat sich Seifert neuerdings gegen die Zulässigkeit eines solchen Verfahrens ausgesprochen (BWG 56 S. 325). Seifert beruft sich für seine Ansicht zu Unrecht auf die Praxis des RWPG beim Weimarer Reichstag. Im Urteil vom 11. 11. 1920 (JW 1921, 290) hat gerade dieses Gericht eine Fülle von Einzelrügen nicht näher untersucht, weil sie für das Endergebnis unerheblich waren.

9) Greeve S. 1.

10) Vgl. Ball S. 166.

11) Vgl. unten unter II 1.

ein Wahlergebnis bei jeder Änderung des Stimmenergebnisses bereits als „wesentlich beeinflusst“¹²⁾. Entgegen aller Erwartung zieht er hieraus aber keine weiteren Schlüsse. Er sagt vielmehr, daß geringfügige Ergebnisverschiebungen grundsätzlich außer acht bleiben müßten und daß ein Wahlergebnis in aller Regel dann „wesentlich beeinflusst“ sei, wenn ein Wahlfehler „Ursache für eine Sitzveränderung war“¹³⁾. In Übereinstimmung mit der von ihm als wenig rechtsstaatlich bezeichneten Praxis will Seifert also ebenfalls solche Fehler unberücksichtigt lassen, die sich auf das Endergebnis, nämlich die einzelnen Wahlberufungen, nicht auswirken konnten. Von seinem Standpunkt aus ist das in hohem Maße inkonsequent.¹⁴⁾

Für Greeve ist die Prüfung des Wahlverlaufes auf seine Lauterkeit insofern nicht reiner Selbstzweck, als er zwar im Ergebnis ebenfalls nur auf die ordnungsgemäße Zusammensetzung der gewählten Volksvertretung abstellt¹⁵⁾, es im Interesse eines korrekten Verfahrens jedoch den Wahlprüfungsorganen zur Pflicht macht, auch bedeutungslose Fehler ausdrücklich zu rügen¹⁶⁾. Seine Auffassung vom Ziel der Wahlprüfung gewinnt dadurch einen durchaus praktischen Aspekt. Greeve selbst nimmt jedoch seiner These wieder an Überzeugungskraft, indem er an anderer Stelle ausführt, der Schutz des individuellen Wahlrechts als solcher könne niemals Gegenstand des Wahlprüfungsverfahrens sein¹⁷⁾. Dies entspricht nun wiederum ganz der herrschenden Auffassung¹⁸⁾. Man fragt sich nur, welchen Sinn die von Greeve postulierte Rügepflicht noch haben soll, wenn gerade die Fälle, in denen ein Interesse an einer verbindlichen Entscheidung über bestimmte Manipulationen geltend gemacht werden wird, von der Rügepflicht ausgenommen werden. Wenn der einzelne Wähler, der hieran naturgemäß am ehesten ein Interesse hat, eine Beeinträchtigung seiner individuellen Rechte im Wahlprüfungsverfahren nicht geltend machen kann, dann bliebe von der Rügepflicht nicht mehr, als daß ohne Bezug auf den eigentlichen Gegenstand des Verfahrens zu der Recht- bzw. Unrechtmäßigkeit einzelner Maßnahmen Stellung genommen wird. Schon das ist einem gerichtsähnlich ausgeprägten Verfahren, wie es das Wahlprüfungsverfahren ist, durch und durch wesensfremd. Hiervon abgesehen wäre die von Greeve verfochtene Rügepflicht aber auch deswegen wenig sinnvoll, weil die Wahlprüfungsorgane an den Ausspruch einer Rüge keine weiteren Sanktionen knüpfen könnten. In der Mehrzahl aller Fälle müßten sie die Ahndung des Fehlers den Disziplinarbehörden bzw. den

12) Seifert, BWG 56 S. 325; vgl. auch S. 323 unter 2.

13) a. a. O. S. 326.

14) Vgl. die insoweit berechtigte Kritik bei Schiller S. 83.

15) Greeve S. 67.

16) a. a. O. S. 76 f.

17) a. a. O. S. 93. Daß das Wahlprüfungsverfahren nicht dem Schutz des individuellen Wahlrechts dient, räumt übrigens auch Seifert ein, vgl. DOV 1953, 366 und BWG 56 S. 46, 321 und 339.

18) Vgl. BVerfG. 1, 237 f.; 1, 433; VGH Kassel, Urt. vom 1. 6. 1949 in Hess. StAnz. 1950 Nr. 17, Beilage 1; OVG Koblenz in AS Rh-Pf 2, 243; 6, 340 f. und aus dem Schrifttum: Bedker in DOV 1959, 705 f.; Geiger, Kommentar zum BVGG S. 170; Hamann, Erl. 1 zu Art. 41 GG; Hatschek, Dt. u. Preuß. Staatsrecht, Bd. I, S. 451; v. Mangoldt-Klein, Erl. III 1 c zu Art. 41 GG; Maunz-Dürig, Rand Nr. 6 zu Art. 41 GG; Nass S. 215; Schiller S. 12 und Werner Schmitt S. 28.

Strafgerichten überlassen¹⁹⁾. Da diese ihrerseits den Sachverhalt selbständig prüfen und würdigen müssen, läuft die Auffassung Greeves darauf hinaus, daß ein und derselbe Gegenstand zweimal behandelt wird.

4. Neben diesen mehr praktischen Gesichtspunkten spricht gegen die Auffassung Seiferts und Greeves vor allem aber die mit ihr zwangsläufig verbundene Verzögerung des Verfahrens. Bereits heute muß es bedenklich stimmen, daß sich die Prüfungsverhandlungen oft über Jahre hinaus hinziehen. Der Bundestag etwa hat für die Prüfung der Wahlen von 1949 zwei bis zweieinhalb Jahre und für die Überprüfung der Wahlen vom September 1957 immer noch eineinhalb Jahre benötigt²⁰⁾. Mit den Landtagswahlen steht es wenig besser²¹⁾, und durch einen unter Umständen dreistufigen Instanzenzug kann auch die Anfechtung einer Kommunalwahl mehrere Jahre in Anspruch nehmen. Derartig lange Zeitspannen wirken, für sich betrachtet, schon alarmierend. Es ist merkwürdig, daß hiergegen nur spärlich Kritik geübt wurde²²⁾. Die Zeiträume würden sich noch verlängern, wenn an Stelle der Richtigkeit des Ergebnisses auch das Wahlverfahren als solches zum Gegenstand der Wahlprüfung gemacht würde. Sind aber schon die gegenwärtig benötigten Zeiträume mit den Prinzipien der Demokratie kaum zu vereinbaren, so muß das erst recht für jede weitere und insbesondere für eine solche Verzögerung gelten, die einen praktischen Nutzeffekt nicht aufzuweisen vermag. So sehr sich Seifert und Greeve für ihre Meinung auch auf rechtsstaatliche Gesichtspunkte berufen, so wenig beachten sie es, daß es einer fehlerhaft gewählten Volksvertretung durch die von ihnen befürwortete Ausdehnung des Prüfungsverfahrens gerade erst ermöglicht wird, länger als unumgänglich im Amt zu bleiben. Ein solches Ergebnis zu verhindern sollte aber weit eher Ziel und Aufgabe der Wahlprüfung sein, als mit Argusaugen jedem Verstoß nachzugehen.

Hier wird deswegen mit der auch vom Bundesverfassungsgericht²³⁾ vertretenen überwiegenden Auffassung²⁴⁾ als das Ziel der Wahlprüfung nur die Gewährleistung eines richtigen Wahlergebnisses angesehen, Wahlprüfung also im Sinne von Wahlergebnisprüfung verstanden. Für diese Auffassung spricht zunächst ihre Praktikabilität sowie das Bedürfnis, das Wahlprüfungsver-

19) Vgl. Maunz-Dürig, Rand Nr. 6 zu Art. 41 GG und dort Fußnote 2 sowie Rand Nr. 28. Das schließt natürlich nicht aus, daß die Wahlprüfungsorgane, sofern sich hierfür bestimmte Anhaltspunkte ergeben, von sich aus die Disziplinarbehörden benachrichtigen und sie um Einschreiten und um Abhilfe für die Zukunft ersuchen. Nach Ball S. 167/68 verfuhr das RWPG stets in diesem Sinne, ohne sich aber selbst — wie das nach der Auffassung Greeves der Fall sein müßte — um jeden Fehler im einzelnen zu kümmern.

20) Vgl. unten § 16 Anm. 2 sowie Stenogr. Berichte, 3. Wahlperiode, 69. Sitzung, S. 3658/59.

21) Vgl. z. B. die Entscheidung des Hess. WPG vom 24. 3. 1949 betreffend die Landtagswahlen v. 1. 12. 1946 in Hess. StAnz. 1949, 233 f. Neuerdings hat dieses Gericht für die Überprüfung seiner Wahlen allerdings nur noch ein knappes Jahr benötigt, vgl. Urte. vom 7. 7. 1959 in Hess. StAnz. 1960, 81 ff.

22) Vgl. Kaisenberg in Pr. VBl. Jg. 42, 205 links oben, der es für unvertretbar hält, daß der alte Deutsche Reichstag für die Wahlprüfung in einigen Fällen bis zu 5 Jahre (!) benötigte; ferner Hettner in DJZ 1930, Sp. 1088, der es als Mitglied des Wahlprüfungsgerichtes bedauerte, daß 1 3/4 Jahre verstreichen mußten, ehe die Gültigkeit der Reichstagswahlen vom 20. 5. 1928 festgestellt werden konnte.

23) BVerfG I, 433; 4, 372 und DÖV 1956, 316.

24) Vgl. die Nachweise oben Anm. 2 und unten Anm. 36.

fahren nach Möglichkeit zu beschleunigen²⁵⁾. Ihre Richtigkeit wird im übrigen bestätigt, wenn man sich die staatsrechtliche Aufgabe der Wahl vor Augen führt: Ziel der Wahl und all der vielen Einzelakte, die ihr zugrundeliegen, ist es nämlich nicht, einen gesetzmäßigen Wahlablauf zu exerzieren, Ziel der Wahl ist vielmehr die Begründung einer Vertretungskörperschaft. Wenn der fehlerfreie Wahlverlauf aber — wie Schiller²⁶⁾ mit Recht bemerkt — kein Selbstzweck ist, sondern nur die Grundlage für eine rechtmäßig vom Volk legitimierte Vertretungskörperschaft, dann kann auch die Ordnungsmäßigkeit des Wahlvorganges kein selbständiger Gegenstand des Prüfungsverfahrens sein. Vielmehr kann sich die Überprüfung immer nur auf die Erreichung des eigentlichen Zieles, d. h. aber auf die Ordnungsmäßigkeit des Ergebnisses, beziehen. Wahlfehler können deswegen nur insoweit Gegenstand des Prüfungsverfahrens sein, als sie nach Lage des Falles geeignet sind, die Rechtmäßigkeit des Wahlergebnisses in Frage zu stellen.

Dementsprechend ist auch die Interessenlage. Die Gesamtheit der Wählerschaft ist vor allen Dingen an einer schnellen Erledigung des Verfahrens interessiert. Ihr kommt es nur darauf an, daß das Wahlergebnis als solches unbeeinflusst von Fehlern geblieben ist und daß es den Willen der Aktivbürgerschaft richtig wiedergibt. Ob da oder dort Unregelmäßigkeiten vorgekommen sind — Schiller²⁷⁾ spricht in diesem Zusammenhang treffend von „Schönheitsfehlern“ —, mag für den einzelnen von größtem Interesse sein, nicht aber für die Belange der Gesamtheit, auf die es — wie auch die Gegenseite zugibt und wie unten im einzelnen noch darzulegen sein wird — in diesem Zusammenhang allein ankommt.

Wenn sich Seifert und Greeve demgegenüber auf den unterschiedlichen Wortlaut in den Verfassungen älterer und neuerer Zeit berufen, so ist hieran soviel richtig, als in Art. 27 der Reichsverfassung von 1871, in Art. 78 der Preußischen Verfassung vom 31. 7. 1850 und in Art. 112 des Verfassungsentwurfes von 1849 tatsächlich nicht von Wahlprüfung, sondern von der Prüfung der Legitimationen der einzelnen Parlamentsmitglieder die Rede war. Richtig ist ferner, daß die modernen Verfassungen überwiegend nur noch die Ausdrücke „Wahlprüfung“²⁸⁾ oder „Entscheidung über die Gültigkeit der Wahl“²⁹⁾ verwenden. Beide Formulierungen wurden indessen ohne sachlichen Unterschied schon früher verwendet³⁰⁾. Umgekehrt heißt es noch heute in Art. 55 Abs. 2 der Verfassung von Württemberg-Baden, daß der

25) Auf die Notwendigkeit einer Beschleunigung hat bereits Mock in DJZ 1912, Sp. 306 unter I) hingewiesen; vgl. in diesem Zusammenhang auch VGH Freiburg in Bad.-Württ. VerwBl. 1958, 143, wo für den Wahlanfechtungsprozeß eine Pflicht zur Beschleunigung postuliert wird.

26) Schiller S. 15 und S. 88 ff.

27) Schiller S. 84.

28) So z. B. Art. 41 GG; Art. 33 Bayer. Verf.; Art. 33 Nordrh.-Westf. Verf. und Art. 3 Abs. 3 Schleswig-Holst. Landessatzung.

29) So Art. 78 Hess. Verf.; Art. 82 Rheinland-Pfälzische Verf. und Art. 9 Hamburger Verf.

30) Im § 41 der Bad. Verf. vom 22. 8. 1818 war z. B. nicht von „Legitimationsprüfung“, sondern von der Entscheidung „über streitige Wahlen“ die Rede. Auch von der Theorie wurden beide Ausdrücke in sachlich gleicher Bedeutung gebraucht; vgl. Seydel in den Verhandlungen des 19. Dt. Juristentages, Bd. 1, S. 130 ff., bes. S. 143 unter IV). A. A. allerdings Hatschek, Parlamentsrecht, S. 416.

Landtag „die Vollmachten seiner Mitglieder zu prüfen habe“. Daß sich dennoch im großen und ganzen in neuerer Zeit statt der schwerfälligeren Ausdrucksweise: „Das Parlament prüft die Legitimationen seiner Mitglieder“ der einfache Ausdruck „Wahlprüfung“ durchgesetzt hat, dürfte deswegen nicht auf sachliche, sondern ausschließlich auf sprachliche Gründe zurückzuführen sein. In den Gesetzesmaterialien finden sich jedenfalls keine Anhaltspunkte, daß mit dem Wechsel des Sprachgebrauchs Ziel und Umfang des Verfahrens gegenüber der herkömmlichen Auffassung verändert werden sollten.

II. *Stimmenergebnis oder Sitzverteilung*

Wenn danach also nicht der fehlerfreie Wahlablauf als solcher, sondern nur die Gewährleistung eines richtigen Wahlergebnisses die Aufgabe der Wahlprüfung ist, so muß jedoch weiter gefragt werden, was unter dem Begriff „richtiges Wahlergebnis“ zu verstehen ist.

1. Wie oben bereits angedeutet, will Seifert³¹⁾ diesen Begriff nur im Sinne von Stimmenergebnis verstehen. Er bezeichnet ein Wahlergebnis schon dann als unrichtig, wenn der eine oder andere Wahlvorschlag infolge eines Fehlers nur mehr oder weniger Stimmen hätte erzielen können. Damit denkt Seifert von seinem Standpunkt aus an sich folgerichtig. Wer wie er die Ordnungsmäßigkeit des Wahlverlaufes als eine Hauptaufgabe der Wahlprüfung bezeichnet, muß, da sich ein Wahlfehler regelmäßig auf wenigstens eine Stimme auswirkt, zwangsläufig im richtigen Stimmenergebnis auch das Prüfungsziel sehen. Wie jedoch im vorigen Abschnitt nachgewiesen wurde, ist bereits die Seifert'sche Ausgangsthese unrichtig. Aufgabe des Wahlprüfungsverfahrens ist es gerade nicht, jedem einzelnen Wahlfehler nachzugehen³²⁾. Dementsprechend ist auch das richtige Abstimmungsergebnis als solches niemals das eigentliche Prüfungsziel. Mit einigen Mehrstimmen kann man als Unterlegener allenfalls renomieren. Man kann auch, um kein falsches Bild über die Wählergesinnung entstehen zu lassen, die richtigen Stimmenverhältnisse klarstellen³³⁾. Da dem Abstimmungsergebnis als solchem jedoch selbständige rechtliche Bedeutung nicht zukommt³⁴⁾, können derartige Maßnahmen immer nur deklaratorischen Charakter haben. Praktisch von Interesse wird ein anders geartetes Stimmenergebnis erst dann, wenn sich aus ihm nach Maßgabe des jeweiligen Wahlsystems für die Volksvertretung eine andere Sitzverteilung ergibt.

31) Seifert, BWG 56 S. 324 unter 8. und S. 325.

32) So auch Maunz-Dürig Rand Nr. 6 zu Art. 41 GG.

33) Eine derartige Regelung enthält z. B. § 7 Nr. 1 i. V. m. § 5 des WahlprüfungsG von Nordrh.-Westf. vom 20. 11. 1951 (GVBl. S. 147). Bei den Beratungen dieses Gesetzes wurde jedoch ausdrücklich darauf verwiesen, daß dies vom Standpunkt der Wahlprüfung an sich nicht erforderlich sei und nur im Interesse der Parteien geschehe, vgl. Schiller S. 90.

34) Seifert a. a. O. S. 325 kann für seine diesbezügliche Behauptung nur auf den § 31 Abs. 3 BWG 56 verweisen. Nach dieser Vorschrift bestimmt sich die Reihenfolge, nach der die Parteien auf dem Stimmzettel erscheinen, allerdings nach der Anzahl der bei der vorangegangenen Bundestagswahl erzielten Zweitstimmen. Man kann hierin jedoch nur eine zufällige, keineswegs aber eine typische Regelung sehen. Als Maßstab für die ohnehin bedeutungslose Reihenfolge der Parteien auf den Stimmzetteln hätte man ebenso gut auch die alphabetische Reihenfolge der Anfangsbuchstaben zugrundelegen können, vgl. dazu den § 28 Abs. 3 BWG 56.

2. Die ganz überwiegend und namentlich auch vom Bundesverfassungsgericht³⁵⁾ vertretene Meinung versteht deswegen als „richtiges Wahlergebnis“ die richtige persönliche Zusammensetzung der gewählten Körperschaft³⁶⁾. Sie bezeichnet als das Ziel der Wahlprüfung die Gewährleistung einer richtigen Verteilung der einzelnen Abgeordnetenmandate.

Demgegenüber beruft sich Seifert³⁷⁾ auf die angeblich entgegenstehende ständige Rechtsprechung des Wahlprüfungsgerichts beim Reichstag der Weimarer Zeit. Liest man die bei ihm angeführten Fundstellen nach, dann muß man in der Tat den Eindruck gewinnen, als ob dieses Gericht nur auf das Stimmenergebnis im Wahlbezirk abgestellt hätte³⁸⁾. Ein Überblick über die anderweitig veröffentlichte Rechtsprechung dieses Gerichts ergibt jedoch, daß in der Weimarer Zeit keineswegs immer unter dem Begriff „Wahlergebnis“ das Stimmenergebnis verstanden wurde. Es finden sich auch Entscheidungen, in denen überhaupt nur von der Richtigkeit des „Wahlergebnisses“ die Rede ist³⁹⁾, und andere, bei denen das Wahlprüfungsgericht ausdrücklich die richtige Sitzverteilung als den entscheidenden Faktor bezeichnet hat⁴⁰⁾. Demnach ist die Terminologie dieses Gerichts also nicht einheitlich gewesen. Es darf im übrigen auch nicht verkannt werden, daß die von Seifert angeführten Entscheidungen stets nur kleine Ausschnitte der Rechtsprechung betreffen, die von dem damaligen Wahlrechtsdezernenten, Ministerialrat Dr. K a i s e n b e r g, speziell als Hinweise für die Wahlbehörden veröffentlicht wurden. Sie beschäftigen sich lediglich mit den Wahlergebnissen in einzelnen Wahlbezirken. Dementsprechend handeln die von Seifert herangezogenen Urteilsgründe auch niemals speziell vom Ziel der Wahlprüfung, sondern vorwiegend nur von den im konkreten Fall gerügten Fehlern. Wenn das Wahlprüfungsgericht gleichwohl in einzelnen Fällen erklärt hat, daß das für den Wahlbezirk festgestellte Stimmenergebnis wegen fehlerhafter Bewertung einzelner Stimmzettel anders hätte aussehen müssen, so hat das seinen Grund in dem der Weimarer Zeit eigenen Wahlsystem. Diesem Wahlsystem lag bekanntlich der sog. perfekte Proporz zugrunde. Um die richtige Sitzverteilung zu ermitteln, mußte das Wahlprüfungsgericht zwangsläufig von den richtiggestellten örtlichen Stimmergebnissen ausgehen. Nur so konnte

35) BVerfG. 1, 433; 4, 372 und DÖV 1956, 316.

36) Aus der Rechtsprechung: VGH Kassel in ESVGHE 7, 77 und DVBl. 1952, 28; VGH München in VGHE N. F. 2, 80 ff. und N. F. 3, 92; ebenso auch LVG Koblenz in DÖV 1950, 509. Aus dem Schrifttum: Ball, S. 2; Drath in VVDStRL Heft 9, S. 42; Jellinek in AöR N. F. 15, 125; Laband, Staatsrecht, Bd. I, S. 338; Lehner, BVGG, Erl. 1 b zu § 48; Geiger, Kommentar zum BVGG, S. 170; von Mangoldt-Klein, Erl. III 1 b zu Art. 41 GG; Hamann, Erl. 1 zu Art. 41 GG; Nass, S. 117; Rietdorf in DV 1949, 668; Schiller S. 16/17 und Werner Schmitt S. 19 und 28 ff. Ebenso für das Schweizer Recht: Piccononi S. 144 ff.

37) Seifert, BWG 56 S. 325.

38) In diesem Sinne allerdings nicht alle bei Seifert angeführten Urteile. Ausdrücklich auf das Stimmenergebnis stellen ab: E. vom 11. 11. und vom 3. 12. 1920 in Pr. VBl. Jg. 42, 208 unter VIII; ferner E. vom 3. 11. 1920 in JW 1921, 290; bei der von Seifert weiter zitierten E. v. 10. 10. 1924 in Pr. VBl. Jg. 46, 226 bleibt unklar, welche der 5 an dieser Stelle abgedruckten Entscheidungen gleichen Datums gemeint ist.

39) Vgl. z. B. E. vom 2. 11. 1920, wiedergegeben bei Görres JW 1921, 49 rechts oben; E. vom 11. 11. 1920 in JW 1921, 290 rechts unten und E. vom 3. 12. 1920 daselbst linke Sp.

40) So z. B. E. v. 12. 6. 1926 in Pr. VBl. Jg. 47, 527 unter II) und E. v. 3. 3. 1923 in JW 1924, 338 ff.

es nämlich feststellen, ob sich durch Überweisung einzelner Stimmen auf die jeweils weitere Liste an der festgestellten Mandatsverteilung etwas geändert hätte⁴¹⁾. In den Schlußsätzen des Urteils vom 3. März 1923⁴²⁾ kommt dies unmißverständlich zum Ausdruck. Es heißt dort: „Nach den vorstehenden Ausführungen erweist sich zwar eine Berichtigung der vom Kreiswahlausschuß ermittelten Endzahlen als notwendig; es tritt aber nicht eine derartige Verschiebung des Wahlergebnisses ein, daß die Wahl der vom Kreiswahlausschuß als gewählt bezeichneten Personen dadurch in Frage gestellt würde oder daß außer ihnen noch sonstige Bewerber als gewählt betrachtet werden können. Nur die auf die Reichswahlliste zu überweisenden Reststimmen erfahren eine unbedeutende Veränderung. Die Wahlen im Wahlkreis 10 sind daher für gültig zu erklären.“

Trotz seiner nicht immer eindeutigen Terminologie hat also auch das Weimarer Wahlprüfungsgericht als letztlich entscheidend nur die richtige Sitzverteilung angesehen. Die Stimmenergebnisse in den einzelnen Wahlbezirken dienten ihm nur als Ausgangspunkt für eine diesbezügliche Überprüfung. Wie wenig sich selbst Seifert der Richtigkeit dieser Anschauung verschließen kann, beweisen die Sätze am Ende seiner Ausführungen zum materiellen Wahlprüfungsrecht. Danach ist ein Wahlergebnis in aller Regel erst dann „wesentlich beeinflusst, wenn der Wahlfehler Ursache für eine Sitzveränderung war“⁴³⁾.

III. Parteien- oder Abgeordnetenwahl

Wer als das Ziel der Wahlprüfung die Ermittlung der richtigen personellen Zusammensetzung einer Volksvertretung ansieht, ist im stillen der Idee eines Abgeordneten klassisch-liberaler Prägung verhaftet. Er geht von der Vorstellung aus, daß es im Parlament auf die Person des einzelnen Abgeordneten maßgeblich ankomme. Gerade diese Vorstellung ist heute aber nicht mehr Allgemeingut. Angesichts des sog. „Strukturwandels der modernen Demokratie“⁴⁴⁾ ist deshalb die Frage aufzuwerfen, ob die hergebrachte Auffassung vom Ziel der Wahlprüfung heute noch aufrechterhalten werden kann.

1. Meinungen und Tatsachen

Über den Bedeutungswandel, den der Parlamentarismus und mit ihm die Wahlen in der modernen Massendemokratie erfahren haben, wird heute viel geschrieben. Namentlich Leibholz hat immer wieder darauf hinge-

41) Vgl. Hettner in DJZ 1931, Sp. 326. Nur in diesem Sinne ist es auch zu verstehen, wenn Ball auf S. 230 sagt: „Maßgebend ist daher für die Beurteilung, insbesondere, ob ein Einfluß auf das Wahlergebnis anzunehmen ist, das Stimmenverhältnis im Wahlbezirk“. Seifert, BWG 56 S. 325, reißt diesen Satz aus dem Zusammenhang. Unerwähnt läßt er die folgenden Ausführungen Balls, mit denen gesagt wird, ob durch die Änderungen der örtlichen Stimmenergebnisse auch das Gesamtergebnis beeinflusst werde, könne erst im Rahmen einer „Gesamtberichtigung“ an Hand der Einzelergebnisse ermittelt werden. Eindeutig gegen Seifert sprechen im übrigen die Darlegungen bei Ball S. 183 ff. und 202 unten.

42) Abgedruckt in JW 1924, 338 ff. (340).

43) Seifert, BWG 56 S. 326.

44) Der Ausdruck stammt von Leibholz, vgl. Anm. 45.

wiesen, daß in dem Maße, wie die Persönlichkeit des einzelnen Abgeordneten infolge der wachsenden Macht der Parteien in den Hintergrund trete, die Wahl mehr und mehr zur reinen Parteiwahl und zur bloßen Akklamation für ein bestimmtes Parteiprogramm geworden sei⁴⁵⁾. Schon vor ihm haben Carl Schmitt⁴⁶⁾ und Triepel⁴⁷⁾ und nach ihm viele andere⁴⁸⁾ den tiefgreifenden Strukturwandel und das Ausmaß aufgezeigt, mit dem sich die Verfassungswirklichkeit anscheinend unaufhaltsam von den klassisch parlamentarischen Vorstellungen entfernt.

Die praktische Ausgestaltung der modernen Wahlen und die Erfahrungen, die man mit ihnen gemacht hat, bestätigen diese Lehre im hohen Maße. Schon vom Stimmzettel her gesehen erscheint regelmäßig die Partei und nicht der Abgeordnete an erster Stelle. Das ist keine Zufälligkeit.

Der einzelne Wähler fragt kaum mehr nach der Persönlichkeit des Kandidaten, ihn interessiert vorwiegend nur die Parteizugehörigkeit, und seine Stimme gehört dementsprechend primär der Partei⁴⁹⁾. So haben etwa neuerliche Untersuchungen ergeben, daß bei der Bundestagswahl von 1953 die überwältigende Mehrheit der Wähler nicht einmal mehr den Namen der in ihrem Wahlkreis kandidierenden Bewerber kannte. Auch haben kaum mehr als 1 % der Wählerschaft von der gesetzlichen Möglichkeit Gebrauch gemacht, ihre Erst- und Zweitstimmen um der Persönlichkeit des Kandidaten willen zwischen zwei Parteien aufzuspalten⁵⁰⁾. Die Verlagerung des Schwergewichts zu den Parteien scheint sich zwangsläufig zu vollziehen. Während z. B. bei der Bundestagswahl von 1949 noch eine ganze Reihe parteiloser Bewerber erfolgreich waren, gibt es solche seit der zweiten Bundestagswahl nicht mehr⁵¹⁾. Auch in den Ländern war man in den vergangenen Jahren zunehmend bestrebt, unabhängige Kandidaten, die sog. Rathausparteien, von der Mitwirkung in den Volksvertretungen auszuschließen. Trotz des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 12. 7. 1960 zur Verfassungswidrigkeit⁵²⁾ derartiger Bestrebungen haben sich die unabhängigen Gruppen bei den Kommunalwahlen im Herbst 1960 nicht mehr in dem Maße behaupten können wie früher.

2. Konsequenzen

Macht sich danach der Zug zu den großen Parteien überall bemerkbar, dann nimmt es nicht wunder, wenn heute von einer Mediatisierung des

45) Auf diese Problematik, ihre Entwicklung und die Vielzahl der hierzu geäußerten Ansichten kann und soll hier im einzelnen nicht eingegangen werden. Es muß auf die ausführlichen Darstellungen bei Leibholz „Strukturwandel der modernen Demokratie“ S. 17 ff., „Das Wesen der Repräsentation“ S. 117 ff., seine Ausführungen in den Verhandlungen des 38. Dt. Juristentages, Teil C, S. 2 ff. und in VVDStRL Heft 7 (1932) sowie auf den Aufsatz „Parteienstaat und repräsentative Demokratie“ in DVBl. 1951, 1 ff. verwiesen werden.

46) Carl Schmitt, Verfassungslehre S. 219, 239.

47) Triepel in seiner Rektoratsrede vom 3. 8. 1927 über das Thema „Die Staatsverfassung und die politischen Parteien“, abgedruckt als Heft 10 der öffentlich-rechtlichen Abhandlungen, Berlin 1928.

48) Vgl. die Nachweise bei Rink JZ 1958, 195 Fußnote 30, und bei Kind S. 42, Fußnote 195.

49) Vgl. Leibholz, Das Wesen der Repräsentation, S. 114; ähnl. auch Triepel, oben Anm. 47.

50) Nachweise bei Rink, JZ 1958, 195 Fußnoten 25—27.

51) Vgl. „Rechtliche Ordnung des Parteiwesens“ S. 37. Rink JZ 1958, 195 Fußnote 24.

52) BVerfG in NJW 1960, 1755 f.

Volkswillens⁵³⁾ durch die Parteien gesprochen und wenn weiter behauptet wird, das Grundgesetz bekenne sich durch Art. 21 in aller Form zur Parteienwahl⁵⁴⁾ und mache die Parteien zum ausschließlichen Träger der Volkswillensbildung⁵⁵⁾. Werner Weber⁵⁶⁾ hat die Wahlen als eine „Entscheidung des Volkes über das spezifisch politische Gewicht der Parteien in ihrem Verhältnis zueinander“ charakterisiert. Für ihn bedeuten sie nicht mehr als ein Plebiszit über der Parteien Macht und Einfluß⁵⁷⁾. Weitergehend wollte Forsthoff⁵⁸⁾ aus der verfassungsrechtlichen Anerkennung der Parteien sogar das Recht ableiten, daß die Parteien über die ihnen von der Wählerschaft anvertrauten Stimmen nach Belieben verfügen dürften.

Unter solchen Umständen ist allen Ernstes zu prüfen, ob im Zeitalter des modernen Parteienstaates, in einer Zeit, wo nicht der einzelne, sondern organisierte Interessengruppen und Programme die Szene beherrschen⁵⁹⁾, überhaupt noch auf die richtige persönliche Zusammensetzung einer Volksvertretung abgestellt werden kann. Wenn tatsächlich nur noch Parteien gewählt werden und wenn Wahlen nur mehr den Charakter einer Sachentscheidung haben, warum soll man dann eigentlich noch nach der personellen Sitzverteilung fragen? Wäre es dann nicht richtiger, das politische Gesamtbild entscheiden zu lassen und nur noch darauf bedacht zu sein, daß das parteipolitische Kräfteverhältnis in der Volksvertretung dem Wählerwillen entspricht?

In folgerichtiger Anwendung der Lehre vom Strukturwandel scheint ein derartiges Ergebnis in der Tat unabweislich zu sein. Merkwürdigerweise ist es jedoch von den Verfechtern dieser Lehre bisher nie gezogen, ja nicht einmal angedeutet worden. Würde man es ziehen, dann würden sich für das materielle Wahlprüfungsrecht etwa folgende Konsequenzen ergeben:

Bei Verhältniswahlssystemen, die dem Wähler im Wege des sog. Panaschierens⁶⁰⁾ Einfluß auch auf die Reihenfolgebestimmung unter den Kandidaten einer Partei geben⁶¹⁾, würde eine Verfälschung der Reihenfolgebestimmung das Wahlergebnis nicht unrichtig machen, weil davon nur die personelle, nicht aber die parteiliche Besetzung der Vertretungskörperschaft berührt würde. Überhaupt müßte, wenn es nur auf die richtige parteiliche Besetzung

53) So im Anschluß an Werner Weber „Spannungen und Kräfte“ S. 48 auch Menger in AöR 78, 150. Das Wort „mediatisieren“ ist in diesem Zusammenhang allerdings mißverständlich. Es kann ebenso als „Entmachtung“ wie als Mittel der Aktualisierung des Einzel- bzw. Gruppenwillens verstanden werden, vgl. Maunz-Dürig, Rand Nr. 5 zu Art. 21 GG und daselbst Fußnote 4.

54) So Rink in JZ 1958 unter III) und 196 rechts unten; ebenso Forsthoff in DRZ 1950, 314.

55) So Forsthoff in AöR N. F. 37, 372.

56) Werner Weber „Mittelbare und unmittelbare Demokratie“, Festschrift für Hugelmann, Aalen, 1959, Bd. II S. 770.

57) a. a. O. S. 776 f., ähnlich auch Nass S. 146 f.

58) Forsthoff in DRZ 1950, 315. In AöR N. F. 37, 372, Fußnote 4 hat Forsthoff diese These allerdings wieder erheblich eingeschränkt.

59) Vgl. in diesem Zusammenhang den Beitrag von Guillaume in DÜV 1953, 690.

60) Zum Panaschieren vgl. Grundlagen . . . S. 19 unter b) und Westerrath S. 31.

61) So das bayer. (GVBl. 1958 S. 221) und das bad.-württ. (GBl. 1955 S. 71) LT-Wahlrecht. Auch im bayer. Kommunalwahlrecht ist die Möglichkeit des Panaschierens vorgesehen.

ankäme, die nachträgliche Auswechslung einzelner Parteibewerber belanglos sein. Ja, man könnte sogar noch weitergehen und ein Wahlergebnis auch dann noch als richtig ansehen, wenn zufolge eines Fehlers eine Partei zwar auf Kosten der anderen einen oder mehrere Sitze erlangt hat, sich aber dadurch an dem ohnehin bestehenden Übergewicht einer Partei oder an der hoffnungslosen Unterlegenheit der anderen nichts verändert hätte. Auch dann wäre ja das parteipolitische Kräfteverhältnis nicht entscheidend verschoben.

So absurd dieser Gedankengang sein mag, er ist — ohne daß dabei allerdings auf die skizzierte Lehre Bezug genommen wurde — im Jahre 1928 in einer Entscheidung des Hessischen Staatsgerichtshofes⁶²⁾ für die Wahlprüfung praktisch geworden: Bei einer hessischen Landtagswahl waren durch eine nachträglich vom Reichsstaatsgerichtshof⁶³⁾ für verfassungswidrig erklärte Wahlvorschrift drei Parteien, darunter die NSDAP und die Evangelische Volksgemeinschaft, von der Beteiligung an der Wahl ausgeschlossen worden. Aufgabe des Hessischen Staatsgerichtshofes war es, zu prüfen, ob durch diesen Ausschluß das Wahlergebnis im Hessischen Landtag unrichtig geworden war. Das Gericht untersuchte zunächst, ob die NSDAP und die ebenfalls ausgeschlossene Wirtschaftspartei Aussichten auf einen Landtagssitz gehabt hätten. Diese Frage konnte es mit einiger Wahrscheinlichkeit verneinen. Dagegen mußte das Gericht zugeben, „daß vielleicht die Evangelische Volksgemeinschaft im Falle ihrer Zulassung zu der angefochtenen Wahl einen Abgeordnetensitz errungen hätte⁶⁴⁾“. Es erklärte die Wahl aber gleichwohl für gültig mit der Begründung, daß nach dem „Ergebnis der Ermittlungen keine Anhaltspunkte für eine einigermaßen bedeutungsvolle Fälschung des Volkswillens⁶⁵⁾“ und somit auch keine Verschiebung des „politischen Gesamtbildes“⁶⁶⁾ festgestellt werden könne. An die Stelle der richtigen Sitzverteilung wurde damit also ausdrücklich das richtige politische Kräfteverhältnis gesetzt.

Obwohl an sich nur die wahlprüfungsrechtliche Konsequenz einer verbreiteten Ansicht, hat die erwähnte Entscheidung auch aus den Reihen derer keine Fürsprecher gefunden, die den liberal-repräsentativen Abgeordneten als „Urgroßväterlich“⁶⁶⁾ oder als ein „fossiles Requisit der verfassungsgeschichtlichen Vorzeit“⁶⁷⁾ bezeichnen. Sie ist im Gegenteil so scharf kritisiert worden⁶⁸⁾, daß der Hessische StGH bei der nächsten Gelegenheit von seiner Auffassung ausdrücklich wieder abgerückt ist⁶⁹⁾.

62) Hess. StGH, Urt. vom 31. 1. 1928 in Lammers-Simons, Bd. III, 342 ff.

63) RStGH in RGZ 118 Anh. S. 22 ff.

64) Hess. StGH a. a. O. S. 350/51.

65) a. a. O. S. 352.

66) So Wittmayer, zitiert bei Brauns II, S. 274.

67) So Morstein-Marx in AöR N. F. 11, 439 mit Hinweis auf Kelsen und Nawiasky.

68) Vgl. die gegen diese Entscheidung gerichteten Angriffe von Keller in DJZ 1928 Sp. 363; Lammers in JW 1929, 61; Simons in Lammers-Simons, Bd. III, Vorwort S. 13 und von Jellinek in AöR N. F. 15, 124 ff.

69) Vgl. Hess. StGH in Lammers-Simons, Bd. V, 290 f.

3. Würdigung

Um die eigene Meinung vorwegzunehmen, der Verfasser glaubt nicht, daß aus dem soziologischen Bedeutungswandel wahlprüfungsrechtliche Konsequenzen gezogen werden können.

Zunächst: Trotz ihrer beim ersten Anblick bestechenden Diktion scheint die Lehre vom „Strukturwandel“ in ihren wahltechnischen Auswirkungen noch wenig durchdacht. Auch müssen die aus ihr gezogenen Postulate vom Standpunkt einer rein soziologischen Betrachtungsweise bereits als rückständig angesehen werden. Nicht die Parteien und ihre ohnehin nur noch dem Fachmann einen Unterschied bedeutenden Programme — man hat insoweit treffend von nur mehr „mikroskopischen Unterschieden“ gesprochen⁷⁰⁾ — beherrschen heute das politische Geschehen, sondern charismatische Führerpersönlichkeiten. Die Debatten um den Spitzenkandidaten und Kanzleranwärter der SPD für die Bundestagswahlen von 1961 haben dies hinlänglich bewiesen. Wenn heute aber in Wirklichkeit schon nicht mehr für ein Parteiprogramm, sondern für den Führer dieser Partei gestimmt wird, dann müßten, vom Standpunkt eines soziologischen Positivismus gesehen, hieraus ja auch die entsprechenden verfassungsrechtlichen Konsequenzen gezogen werden. Es wäre dann letztlich nur darauf angekommen, ob bei den Wahlen von 1961 Dr. Adenauer oder Brandt Bundeskanzler wurde. Hieran zeigt sich, wie weit sich eine soziologische Betrachtungsweise — konsequent zu Ende gedacht — von den rechtlichen Realitäten entfernen muß.

Sicherlich kann der im Bereiche der politischen Wirklichkeit sich vollziehende Übergang vom liberal-repräsentativen Parlamentarismus zur modernen Parteiendemokratie nicht hinweggeleugnet werden. Es machen sich bereits die ersten Anzeichen bemerkbar, die dieser Entwicklung der Sache nach Anerkennung zollen. So hat es etwa das Bundesverfassungsgericht⁷¹⁾ entgegen der allgemeinen Meinung⁷²⁾ nicht für unvereinbar mit dem Grundsatz des freien Mandats erklärt, daß bei der Listennachfolge Bewerber unberücksichtigt bleiben, die seit dem Aufstellen der Landesliste aus den betreffen-

70) Vgl. Herbert v. Borch in „Die Welt“ vom 2. 8. 1960 (Nr. 178) S. 3 zum Wahlkampf in den USA.

71) Vgl. BVerfG 7, 63 ff. (72 f.) = DÖV 1957, 715 = NJW 1957, 1313 zur Verfassungsmäßigkeit des § 48 Abs. 1 Satz 2 BWG 1956. Wenn das BVerfG die traditionelle Auslegung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit auch nicht ausdrücklich aufgegeben hat — es bezeichnet die Parteizugehörigkeit als eine sachliche Wählbarkeitsvoraussetzung — so ist Rink (JZ 1958, 196 f.) doch darin recht zu geben, daß die Entscheidung im Grunde eine Konzession an das Parteienmonopol bedeutet. Bestimmungen wie der § 48 BWG finden sich in zahlreichen Landtagswahlgesetzen. Sie sind bei Nass S. 128 Fußnote 38 im einzelnen aufgeführt. Vereinzelt (vgl. z. B. § 41 Abs. 2 des niedersächsischen KommunalwahlG vom 18. 7. 1956 (GVBl. S. 81) finden sie sich schon auf der Kommunalwahlebene.

72) Regelungen der erwähnten Art werden u. a. für unvereinbar mit dem Grundsatz des freien Mandats und der Unmittelbarkeit der Wahl gehalten von: WPG beim LT von Rheinland-Pfalz in AS RH-Pf 3, 412 ff. mit ausführlicher und überzeugender Begründung; Nass S. 129; Seifert, BWG 56 S. 42 unter 4); Schmitt S. 325 und Uhlitz in DÖV 1957, 468 ff. und 718. Auch früher entsprach es der allgemeinen Auffassung, daß ein Abgeordnetenmandat genauso wie das Recht auf Listennachfolge beim Ausscheiden des betreffenden Kandidaten aus der Partei nicht verloren ginge, vgl. die Nachweise bei Nass S. 129 Fußnote 39; anders für den Fall des freiwilligen Austrittes Anschütz, Kommentar zur WRV, 12. Aufl., S. 167. Für die Verfassungsmäßigkeit der erwähnten Regelung haben sich neben dem BVerfG a. a. O. Rink in JZ 1958, 196 f. und Mallmann in JZ 1958, 40 ausgesprochen.

den Parteien ausgeschieden sind. Auch der vom Bundesverfassungsgericht⁷³⁾ an ein Parteiverbot geknüpfte automatische Mandatsverlust muß unter diesem Gesichtspunkt gewürdigt werden. Handelt es sich deswegen aber — wie Heinrich Triepel⁷⁴⁾ vor nunmehr über 30 Jahren vorausgesagt hat — wirklich nur noch um ein „Rückzugsgefecht des Liberalismus gegen die massendemokratische Wirklichkeit?“

Wir glauben das nicht. Mit Peter Schneider⁷⁵⁾ halten wir es vielmehr grundsätzlich für bedenklich, „je und je die politische Wirklichkeit gegen das geltende Recht auszuspielen“. Schon nach dem Wortlaut des Art. 21 GG kann von einem Bekenntnis des Grundgesetzes zur Parteienwahl nicht die Rede sein. Diese Bestimmung sanktioniert weder den Parteienstaat, noch macht sie Parteien zum ausschließlichen Träger der Volkswillensbildung⁷⁶⁾. Sie anerkennt lediglich, daß die politischen Parteien heute der unumgängliche Mittler sind, um in einem großflächigen Massenstaat die mannigfaltigen Einzel- und Gruppeninteressen zu aktualisieren und zu einem größeren Gesamtwillen zu vereinen. Deshalb wäre es absurd, die Notwendigkeit der Parteien für die staatliche Willensbildung zu leugnen. Ihre Aufgabe innerhalb der Willensbildung des Volkes bei der Wahl ist ebenfalls unbestreitbar. Und dennoch besitzen die politischen Parteien rechtlich keine Monopolstellung⁷⁷⁾. Was ihnen durch Art. 21 GG garantiert wird, ist lediglich ein Beteiligungsrecht an der Willensbildung des Volkes⁷⁸⁾ 79).

Wird danach bereits durch Art. 21 GG die Bedeutung der Einzelpersönlichkeit keineswegs ausgeschlossen, so wird sie umgekehrt durch Art. 38 Abs. 1 GG noch ausdrücklich garantiert. Mit dieser Bestimmung hat der Verfassungsgeber an den Grundsätzen des freien Mandats und an der Repräsentation des Gesamtvolkes durch die einzelnen Abgeordneten festgehalten, obwohl bei den Beratungen des Parlamentarischen Rates von verschiedenen Seiten unter Hinweis auf die veränderten Verhältnisse gefordert worden war, den Artikel kurzerhand zu streichen⁸⁰⁾. Da der Verfassungsgeber mithin dem sog. Strukturwandel bewußt die rechtliche Anerkennung versagt hat, kann der Satz

73) Vgl. BVerfG 2, 71 ff. (SRP-Urteil).

74) Triepel, vgl. Anm. 47 und dort S. 33.

75) Peter Schneider, Ausnahmezustand und Norm S. 294 Fußnote 2.

76) So mit Recht Seifert in DOV 1956, 1 ff.; anders z. T. das BVerfG, vgl. neuerdings Beschl. vom 12. 7. 1960 in NJW 1960, 1755 unter II, 1).

77) Vgl. v. Mangoldt-Klein Erl. III 4 b zu Art. 21 GG mit Hinweis auf die gleichliegenden Auffassungen von Grewe und v. d. Heyde; ebenso auch Maunz-Dürig Rand Nr. 36 zu Art. 21 GG; Leibholz in DVBl. 1951 S. 6 rechte Sp.; Nass in JZ 1960, 636; WPG beim LT von Rheinland-Pfalz in AS Rh-Pf 3, 413 unten und das Minderheitsvotum des Bremer StGH in JZ 1957, 214 rechts oben.

78) Vgl. neben den Nachweisen in Anm. 77 noch Wernicke in BK Erl. II 1 b zu Art. 21 GG und Seifert DOV 1956, 1.

79) Gerade weil den politischen Parteien ein rechtliches Monopol nicht zusteht, ist den Ausführungen von Rinck in JZ 1961, 75 linke Sp., der es für verfassungsrechtlich zulässig hält, unabhängige Kandidaten oder örtliche Wählervereinigungen von der Kandidatur auszuschließen, entschieden zu widersprechen. Für die Kommunalwahlen ist dies durch BVerfG NJW 1960, 1756 f. jetzt anerkannt.

80) Vgl. Matz in DRZ 1950, 275 und Leibholz in Recht, Staat und Wirtschaft, Bd. III, 123 Fußnote 24.

vom unabhängigen, nur seinem Gewissen unterworfenen Abgeordneten nicht einfach als eine gedankenlos übernommene Formel abgetan werden. An ihm ist vielmehr „wie an einem Glaubenssatz festzuhalten“⁸¹⁾.

Hieraus folgt: Mag sich faktisch das Schwergewicht bei der Wahl weitgehend vom einzelnen Kandidaten auf die hinter ihm stehende Partei verlagert haben, mag der einzelne Abgeordnete tatsächlich nur noch Exponent seiner Partei sein, wahlrechtlich ist alldem durch Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG und durch die korrespondierenden Länderbestimmungen⁸²⁾ eine unumstößliche Schranke gesetzt. Nach dem Gesetz werden Abgeordnete und nicht Parteien oder Interessengruppen gewählt⁸³⁾. Dementsprechend kann es der Wahlprüfung auch nur auf die richtige Besetzung der einzelnen Abgeordnetenmandate ankommen. Im übrigen dürfte es aber auch soziologisch nicht ganz den Tatsachen entsprechen, daß die Persönlichkeit des einzelnen Bewerbers bei der Wahl keine Rolle mehr spielt. Für die Kommunalwahlen wird das ernstlich gar nicht behauptet, zeigt sich doch gerade dort häufig, daß die menschliche und fachliche Persönlichkeit allen parteipolitischen Hader in den Hintergrund treten läßt⁸⁴⁾. Wie das Bundesverfassungsgericht⁸⁵⁾ kürzlich zum Ausdruck gebracht hat, gehört es zum Wesen der kommunalen Selbstverwaltung, daß sie von der Mitwirkung angesehener, mit den heimischen Verhältnissen vertrauter Bürger getragen wird. Bei allen größeren Wahlen ist die Gewichtsverlagerung zu den Parteien natürlich stärker. Friesenhahn⁸⁶⁾ hat jedoch in seinem Referat anläßlich der Staatsrechtslehrtagung von 1958

- 81) Hans Schneider in DVBl. 1953, 440; vgl. in diesem Zusammenhang auch Grzimek, zitiert bei Unkelbach S. 157 Fußnote 4: „Der wundervolle Grundsatz, daß der Abgeordnete frei ist, und daß er frei nach seinem Gewissen zu entscheiden hat, hat schon noch Geltung. Ich glaube auch nicht, daß er zum Untergang bestimmt ist... Neben dem Kollektiv wird dem Geist des einzelnen Menschen, der Kraft des Individuums ein bestimmender Einfluß auch in Zukunft zustehen. Dem müssen wir eine Bahn offen halten, auf dem er zur Geltung kommen kann“.
- 82) Vgl. z. B. Art. 13 Abs. 2 der Bayer. Verf.; Art. 27 Abs. 3 der Verf. v. Bad.-Württ.; Art. 77 der Hess. Verf.; Art. 79 der Verf. v. Rheinland-Pfalz und Art. 30 Abs. 2 der Verf. v. Nordrhein-Westfalen.
- 83) Über eine interessante Auswirkung dieses Grundsatzes handelt ein Wahlprüfungsbeschuß des BT vom 25. 4. 1954. Nach dem dort mitgeteilten Sachverhalt waren auf Grund einer Vereinbarung zwischen der Bayernpartei und der CSU in zwei Münchener Wahlkreisen Angehörige der Bayernpartei als Kandidaten der CSU aufgestellt und gewählt worden. Im Wege des Wahlanspruches beantragte die Bayernpartei, die beiden Abgeordneten als ihre Kandidaten zu erklären und sie, da sie als Partei nunmehr zwei Direktmandate besitze, am Verhältnisausgleich teilhaben zu lassen. Der Einspruch wurde völlig zu Recht mit der Begründung zurückgewiesen, daß es nur auf die Rechtmäßigkeit der Wahl des einzelnen Bewerbers ankomme, und daß „Gegenstand der Wahl in den einzelnen Wahlkreisen die Person des Abgeordneten sei, nicht die Parteibezeichnung“ (vgl. BT Drucksache, 2. Wahlperiode [1953] Nr. 512 u. dort S. 4). Gegenläufige Tendenzen finden sich in einem bei Hettner (DJZ 1930, Sp. 1090/91) wiedergegebenen Urteil des RWPg beim Weimarer Reichstag vom 8. Jan. 1929. Durch dieses Urteil wurde die falsche Namens- und Berufsbezeichnung eines Bewerbers u. a. deswegen für unbeachtlich erklärt, weil beim Verhältniswahlssystem „die Stimmen für Wahlvorschläge und damit für Parteien abgegeben werden, der Wahlkampf also nicht um die Persönlichkeit, sondern um die Partei gehe“.
- 84) Vgl. dazu die eindrucksvolle Statistik über die Erfolge unabhängiger Wählergruppen in Rheinland-Pfalz in „Rechtliche Ordnung des Parteiwesens“ S. 35/37. In kleineren Hess. Gemeinden haben unabhängige Wählergemeinschaften i. J. 1956 noch 33 % aller Stimmen auf sich gezogen (nach einem Kommentar von Konrad Ahlers im Hess. Rundfunk am 11. 10. 1960). Die ursprüngliche Absicht des Rheinland-Pfälzischen Gesetzgebers, unabhängige Kandidaten bei den Kommunalwahlen auszuschließen, dürfte sich mit der Entscheidung des BVerfG v. 12. 7. 1960 (vgl. Anm. 85) erledigt haben.
- 85) BVerfG in NJW 1960, 1756 rechte Sp.; ebenso die Entscheidungen in NJW 1960, 2283 f. und NJW 1961, 19.
- 86) Friesenhahn S. 18 ff.

an Hand von Beispielen dargelegt, welche Bedeutung die Persönlichkeit des einzelnen Abgeordneten für die Wahlen zum und die Tätigkeit im Westdeutschen Bundestag noch haben kann. Seinen Ausführungen, wonach zwischen Art. 21 Abs. 1 und Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG kein unüberbrückbarer Gegensatz⁸⁷⁾ bestehe, und wonach die Persönlichkeit des Abgeordneten und seine freie Gewissensentscheidung gesichert werden müsse⁸⁸⁾, kann hier nur beigepröflichtet werden. Es ist ihnen im Schrifttum weitgehend zugestimmt worden⁸⁹⁾.

Aus dem „Strukturwandel der Demokratie“ wahlprüfungsrechtliche Konsequenzen zu ziehen, verbietet sich schließlich aus folgender Überlegung: Innerhalb einer Legislaturperiode können sich Koalitionen bilden und verändern. Eine Partei, die bisher in der Opposition gestanden hat, kann plötzlich mit der Regierungspartei konform gehen. Kann da das „richtige politische Gesamtbild“ oder das „entscheidende Kräfteverhältnis“ überhaupt noch ermittelt werden? Wie soll man es bestimmen, wenn sich seine Grundlage — die Stellung einer Partei innerhalb der Fronten des Parlaments — jederzeit verändern kann? Welchen Zeitpunkt soll man als maßgeblich zugrundelegen? Dies alles sind Fragen, die nur aufgeworfen werden müssen, um zu zeigen, daß die Lehre vom „Strukturwandel“ jedenfalls für das Wahlprüfungsrecht keine Bedeutung gewinnen kann. Damit aber nicht genug. Nicht nur die Koalitionen können wechseln, sondern auch die Parteienstärke bleibt nicht immer die gleiche. Sie kann sich durch Austritte, Ausschließungen oder Überwechseln in eine andere Partei ändern⁹⁰⁾. Geschieht dies nach Beendigung der Wahl, dann ließe sich theoretisch zwar immer noch auf die ursprüngliche Parteienstärke abstellen. Auf kaum zu überwindende Schwierigkeiten stößt man hingegen, wenn mehrere Listenbewerber nach der Stimmenabgabe, aber noch vor Annahme ihrer Wahl, also noch zu einer Zeit aus der Partei ausscheiden, zu der weder diese noch die Kandidaten selbst ein Mandat erworben haben. In einem solchen Fall könnte nicht einmal das ursprüngliche parteiiche Kräfteverhältnis richtig ermittelt werden. Eine Aussage über die Richtigkeit des Wahlergebnisses ließe sich dann — bezogen auf das „politische Gesamtbild“ überhaupt nicht machen.

4. Das Ergebnis

Aus alledem ergibt sich, daß dem soziologischen Strukturwandel aus wahltechnischen, vor allem aber aus zwingenden verfassungsrechtlichen Gründen im Rahmen der Wahlprüfung keine Konzessionen gemacht werden

⁸⁷⁾ So im Anschluß an Leibholz das BVerfG in Bd. 2, 72 ff. und Rink JZ 1958, 195 ff. Ohne auf diese Problematik im einzelnen eingehen zu wollen, erscheint es richtiger, mit Hamann, Erl. 7 zu Art. 38 GG, Seifert, BWG 56 S. 43 und DÖV 1956, 7 und dem WPG beim LT von Rheinland-Pfalz (AS Rh-Pf 3, 412) in Art. 38 I 2 GG nicht eine durch Art. 21 Abs. 1 GG überdeckte, sondern eine gegenüber diesem speziellere Norm zu sehen; ebenso Maunz-Dürig Rand Nr. 20 und 21 zu Art. 38 GG.

⁸⁸⁾ Friesenhahn S. 22 f.

⁸⁹⁾ Vgl. neben den Diskussionsbeiträgen von Merk a. a. O. S. 127 Pfeiffer a. a. O. S. 119 und Schreiner daselbst S. 124 auch die Besprechung von Peter Schneider in JZ 1958, 99; wie Friesenhahn auch Unkelbach S. 153 ff. mit weiteren Nachweisen und Hennis S. 48 f.

⁹⁰⁾ Hierauf hat bereits Jellinek in seiner Kritik an der Entscheidung des Hess. StGH hingewiesen, vgl. AöR N. F. 15, 125.

können. Mit der herrschenden Auffassung ist vielmehr als das Ziel der Wahlprüfung nach wie vor die Gewährleistung einer richtigen Verteilung der einzelnen Abgeordnetensitze anzusehen

§ 4 Wesen und Bedeutung des Wahlfehlers

Über die vorstehenden Ausführungen sind Wesen und Bedeutung des Wahlfehlers sowie seine Stellung innerhalb des Prüfungsverfahrens ein wenig vernachlässigt worden. Dies soll nunmehr nachgeholt werden. Der gestellten Aufgabe entsprechend soll allerdings eine Behandlung der Wahlfehler im einzelnen nicht erfolgen. Hierzu ist bei Ball und Piccononi alles Wichtige gesagt. Angesichts der Gründlichkeit und Ausführlichkeit dieser Darstellungen erscheint es ausreichend, wenn im folgenden neben einigen grundsätzlichen Bemerkungen zum Wesen des Wahlfehlers die am heftigsten umstrittenen und die kaum erörterten Probleme behandelt werden.

I. Das Wesen des Wahlfehlers

Nur selten finden sich positiv-rechtliche Bestimmungen darüber, wann ein im Wahlprüfungsverfahren zu beachtender Wahlfehler vorliegt. Das wird mitunter als Mißstand empfunden¹⁾, liegt aber an der Natur der Sache. Wollte man nämlich alle Wahlfehler enumerativ aufzählen, dann müßte zunächst das jeweilige Wahlrecht noch einmal, und zwar mit negativen Vorzeichen, niedergeschrieben werden. Denn Wahlfehler ist primär jeder Verstoß gegen das geltende Wahlrecht, sofern er sich seiner Natur nach überhaupt auf das Wahlergebnis auswirken kann²⁾. Wenn der Gesetzgeber neben den verfassungsmäßigen Wahlgrundsätzen durch Wahlgesetz und Wahlordnung³⁾ den Ablauf des Verfahrens bis ins einzelne vorgeschrieben hat, und wenn er weiter bestimmte Einwirkungen in den §§ 107 bis 108 d StGB unter Strafe stellt, dann gibt er damit den Maßstab dessen, was als richtig und was als falsch anzusehen ist. Das Vorliegen eines Wahlfehlers bestimmt sich also in erster Linie nach der konkreten Normensituation. Aber auch außerhalb des positiven Rechts liegende Ereignisse, wie z. B. alle Arten der unzulässigen Wahlbeeinflussung, können den Wahlablauf fehlerhaft machen. Hier kann es im Einzelfall recht schwierig sein, die Grenzen des Zulässigen vom Unzulässigen abzustecken. Das maßgebliche Kriterium für die Annahme eines Wahlfehlers ist immer die objektive Rechtswidrigkeit einer Einwirkung, im Falle der Wählerbeeinflussung z. B. die Beeinträchtigung der Freiheit der Wahl. Unerheblich ist es dagegen, von wem ein Verstoß begangen wird⁴⁾. Unerheblich ist ferner, ob er schuldhaft begangen wurde oder nicht.

1) Vgl. etwa Greeve S. 31 und Jellinek, HdbDtStR I S. 630.

2) Das Unterbleiben der Verpflichtung von Beisitzern des Wahlvorstandes durch Handschlag z. B. kann sich auf den Wahlausgang kaum auswirken; vgl. auch VGH München in VGHE N. F. 11, 128 Leitsatz 1.

3) Verstöße gegen das Wahlreglement haben dabei grundsätzlich das gleiche Gewicht wie solche gegen das Wahlgesetz, vgl. OVG Koblenz AS Rh-Pf 6, 358 u. OVG Lüneburg in VerwRspr. 9, 857; ferner Seifert, BWG 56 S. 323 unter 3).

Sieht man das Ziel der Wahlprüfung in der Feststellung der richtigen Mandatzuteilung unter Ausschaltung aller Fehler und unzulässiger Einflüsse, dann erscheint es ganz selbstverständlich, daß es nur auf die objektive Rechtswidrigkeit eines Ereignisses ankommen kann. Dennoch stellte Hatschek⁵⁾ bei den Wahlbeeinflussungen — er spricht insoweit schon ungenau von „Wahldelikten“ — immer auf die Absichtlichkeit eines Verstoßes ab. Während es ihm bei Verstößen gegen das Wahlgesetz oder Wahlreglement auf die „bona oder mala fides“ nicht ankam, hielt er es bei den Wahldelikten „von essentieller Bedeutung für die Erheblichkeit einer Beeinflussung“, ob diese absichtlich begangen wurde oder nicht⁶⁾. War das der Fall, dann bedeutete es für ihn eine Art parlamentarische Strafe, daß dem Gewählten alle unter dem Einfluß des Wahldelikts möglicherweise erworbenen Stimmen wieder abgezogen wurden⁷⁾. Diese Begründung erscheint wegen ihrer Analogie zum Strafrecht recht merkwürdig. An ihr ist mit Recht Kritik geübt worden⁸⁾. Was indessen nicht verkannt werden darf, ist der Umstand, daß das Schuldmoment trotz seiner starken Betonung bei Hatschek stets nur zur theoretischen Untermauerung herangezogen wurde. Hatschek ist niemals so weit gegangen, eine ohne Verschulden begangene Wahlbeeinflussung für unbeachtlich zu erklären. Zu diesem Zweck mußte er freilich auf die etwas eigenartige Konstruktion einer „Schuldpräsumtion“ zurückgreifen, d. h. jedes Wahldelikt mit Schuld präsumieren, wenn es zugunsten des Gewählten oder auch nur im stillschweigenden Einverständnis mit demselben begangen wurde⁹⁾. Im Ergebnis, wenn auch nicht in der Begründung, blieb damit aber auch für Hatschek das entscheidende Kriterium die Rechtswidrigkeit einer Maßnahme.

Hingegen hat das OVG Koblenz¹⁰⁾ eine objektiv rechtswidrige Wahlbeeinflussung, die sogar den Tatbestand des § 108 a StGB erfüllte, für unbeachtlich gehalten, weil ihrem Urheber vorsätzliches Handeln nicht nachgewiesen werden konnte. Es hat, im Gegensatz zu den Vorinstanzen, trotz einer objektiv gegebenen Beeinträchtigung des Wählerwillens die in Frage stehende Wahl für gültig erklärt. Dieser Auffassung muß entschieden wider-

4) Abzulehnen daher OVG Koblenz AS Rh-Pf 6, 325/26; VGH München in DÖV 1950, 508, VGHE N. F. 6, 225 und N. F. 14, 53 oben sowie Württ.-Bad. VGH in ESVGHE 9, 95, die in Formverstößen, welche nicht vom Wahlvorstande, sondern von Privatleuten ausgehen, einen Wahlfehler nicht erblicken wollen. Gegenüber dem häufig gebrauchten Argument der Wahlsabotage vgl. die zutreffende Entscheidung des OVG Koblenz in AS Rh-Pf 7, 179 ff. (184).

5) Hatschek, Parlamentsrecht, S. 545 ff. und Dt. und Preuß. Staatsrecht, Bd. I S. 462.

6) Hatschek, Dt. und Preuß. Staatsrecht, Bd. I S. 462.

7) Vgl. a. a. O.

8) Vgl. Ball S. 26/27 und S. 91; Piccenoni S. 136 Fußnote 64 und Greeve, der von seinem Standpunkt (oben § 3 I) auf S. 43 keineswegs konsequent darauf hinweist, die Wahlprüfung stelle keinen strafrechtlichen, sondern einen verfassungsrechtlichen Wahlschutz dar, bei dem es nur um die richtige Zusammensetzung der Vertretungskörperschaft gehe.

9) Vgl. Parlamentsrecht S. 550; kritisch hierzu Ball S. 26.

10) OVG Koblenz in AS Rh-Pf 6, 326 ff. (328/29): Der Bürgermeister einer kleineren Gemeinde hatte am Abend vor der Wahl außeramtliche Stimmzettel verteilen lassen und so zahlreiche Wahlberechtigte dazu veranlaßt, diese (nachträglich für ungültig erklärten) Stimmzettel anstelle der zugelassenen zu benutzen. Objektive war damit der Tatbestand des § 108 a StGB gegeben. In AS Rh-Pf 2, 239 sagt das OVG Koblenz übrigens genau das Gegenteil wie in der vorstehenden Entscheidung, daß es nämlich bei Wahlfehlern auf ein Verschulden nicht ankomme; für letzteres vgl. auch VGH München in VGHE N. F. 6, 225 unten.

sprochen werden. Wie bereits bemerkt, geht es bei der Wahlprüfung lediglich um die Ermittlung der von Fehlern unbeeinflussten Wählerentscheidung. Da deren Richtigkeit schon in Frage gestellt sein kann, wenn sich eine Einwirkung nicht als rechtmäßig erweist, kann es auf subjektive Momente nicht ankommen. Fragen des Verschuldens mögen für den Strafrichter oder im Disziplinarverfahren von Bedeutung sein, im Wahlprüfungsverfahren spielen sie keine Rolle. Vielmehr bilden einen Wahlfehler dort alle Maßnahmen und Ereignisse, die objektiv rechtswidrig und ihrer Natur nach geeignet sind, sich auf das Wahlergebnis auszuwirken¹¹⁾.

II. Umfang der Berücksichtigung

Eine weitere Frage ist, in welchem Umfang behauptete oder sonst auftauchende Fehler bei der Wahlprüfung berücksichtigt werden müssen. Dürfen die Wahlprüfungsorgane jeden ersichtlichen Mangel berücksichtigen oder sind ihnen hierbei in bestimmter Beziehung Grenzen gesetzt? — Vom Ziel des Verfahrens her gesehen möchte man diese Frage ohne weiteres bejahen. Denn es geht ja darum, den richtigen, d. h. den von rechtswidrigen Einwirkungen aller Art befreiten Wählerwillen zu ermitteln. Deshalb kann es, so möchte man meinen, auf die besondere Natur eines Fehlers nicht ankommen.

Theorie und Praxis wollen dies jedoch in zwei Punkten nicht uneingeschränkt gelten lassen.

1. *Strafbare Handlungen*: Mit der Begründung, sie könnten keine strafrichterlichen Kompetenzen ausüben, wollen manche Verwaltungsgerichte strafbare Tatbestände so lange nicht berücksichtigen, bis sie durch das Urteil eines Strafgerichtes rechtskräftig festgestellt sind. Für die Wahlbestechung und die Stimmennötigung hat es z. B. der VGH München¹²⁾ in ständiger Rechtsprechung abgelehnt, eine dahin erhobene Rüge auch nur incidenter zu würdigen. Im gleichen Sinne hat das VG Darmstadt¹³⁾ entschieden. Beide Gerichte und die ihnen z. T. zustimmende Literatur¹⁴⁾ verkennen jedoch den grundlegenden Unterschied zwischen beiden Verfahren. Während der Strafprozeß die Sühne eines Vergehens zum Gegenstand hat, geht es im Wahlprüfungsverfahren um die *Richtigkeit der Sitzverteilung*. Strafrechtliche Befugnisse nehmen die Verwaltungsgerichte nicht wahr. Ihre Ermittlungen wollen einem späteren Strafverfahren weder vorgreifen, geschweige denn sind sie darauf gerichtet, den Rechtsbrecher zu verurteilen. Die Wahlprüfungsorgane haben nur zu prüfen, ob objektiv eine rechtswidrige Einwirkung auf den Wählerwillen mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden kann¹⁵⁾. Sie beschäftigen sich also immer nur mit der tatbeständlichen Seite der behaupteten Straftat. Subjektive Momente, wie die Zurechnungsfähigkeit des Täters oder andere persönliche Entschuldigungs-

11) Ähnlich die Begriffsbestimmungen bei Greeve S. 37 und Piccenoni S. 114.

12) VGH München in VerwRspr. 2, 430 unter b) mit Hinweis auf die ältere Rechtsprechung.

13) VG Darmstadt, Urt. v. 23. 10. 1957—II/286/57 (unveröffentlicht).

14) Vgl. Seydel, Bayerisches Staatsrecht, 1887, Bd. II S. 169 und die in der Entscheidung des VGH München (oben Anm. 12) weiter angeführte Literatur.

15) Vgl. unten § 11 II 1 am Ende. Es braucht daher — anders als im Strafverfahren — kein absolut sicherer Beweis geführt zu werden.

gründe, spielen für sie überhaupt keine Rolle¹⁶⁾). Es kann sich demnach niemals um einen Verstoß gegen den Verfassungsgrundsatz handeln, daß niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden darf¹⁷⁾, sondern immer nur um eine für den Strafrichter unverbindliche Incidentprüfung. Die Auffassung, daß strafbare Wahlbeeinflussungen erst nach ihrer rechtskräftigen Aburteilung berücksichtigt werden könnten, würde übrigens auch eine unerträgliche Verzögerung des Wahlprüfungsverfahrens bedeuten. Nicht nur von so unberechenbaren Faktoren wie der Geschäftslage bei Staatsanwaltschaft und Strafjustiz wäre dann der Bestand einer unter Umständen fehlerhaft zusammengesetzten Vertretungskörperschaft abhängig, sondern auch von dem verständlichen Bestreben jedes Beschuldigten, die Rechtskraft einer strafgerichtlichen Verurteilung nach Möglichkeit hinauszuschieben. Bis zur Wiederherstellung einer rechtmäßigen Repräsentation könnten auf diese Weise Jahre vergehen. Um derartig sinnwidrige, der Verwirklichung der Demokratie zuwiderlaufende Konsequenzen auszuschließen, ist es unumgänglich, daß im Wahlprüfungsverfahren strafbare Handlungen ebenso berücksichtigt werden, wie andere Rechtsverstöße. Da es sich stets nur um eine Incidentprüfung handelt, bedarf es hierzu keiner vorherigen strafrichterlichen Verurteilung¹⁸⁾.

2. *Fehlerhafte Wahlgesetze.* Eine analoge Problematik ergibt sich bei der Berücksichtigung fehlerhafter Wahlgesetze. Hier ist es zwar ebenfalls unstrittig, daß die Verfassungswidrigkeit eines Wahlgesetzes, sobald sie von berufener Stelle festgesetzt wurde, als Wahlfehler zu berücksichtigen ist. Streit herrscht aber darüber, ob im Wahlprüfungsverfahren auch ohne eine zuvorige Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts oder der Verfassungsgerichtshöfe der Länder auf die Verfassungsmäßigkeit des Wahlgesetzes im ganzen oder einzelner wahlrechtlicher Bestimmungen geachtet werden muß. Während der VGH Kassel¹⁹⁾, und die Wahlprüfungsgerichte beim Weimarer Reichstag²⁰⁾ und beim Hessischen Landtag²¹⁾ eine derartige Prüfung unbedenklich für zulässig gehalten haben, hat es der Bundestag²²⁾ bisher abgelehnt, auf die sehr häufig erhobene Rüge der Verfassungswidrigkeit der Sache nach einzugehen. Er sieht seine Aufgabe lediglich darin, auf die ordnungsmäßige Durchführung des Wahlaktes nach den erlassenen Bestimmun-

16) Vgl. Piccenoni S. 135 f.

17) So die Begründung des VG Darmstadt a. a. O.

18) Die Mehrzahl der Schriftsteller geht auf die behandelte Frage nicht ein, scheint es jedoch für selbstverständlich zu halten, daß strafrechtliche Einwirkungen auch ohne vorherige Aburteilung im Strafverfahren berücksichtigt werden müssen; vgl. etwa Jellinek, HdbDtStR I S. 630; Seifert, BWG 56 S. 331. Wie hier ausdrücklich Piccenoni S. 136 und der Kommentar von Laforet- v. Jan-Schaffenfroh zur Bayer. Gemeindeordnung von 1927, Anm.1 zu Art. 68.

19) VGH Kassel in VerwRspr. 1, 332 f. und Beschl. vom 14. 7. 1955—OS I 114—115/54 — (unveröffentlicht).

20) Vgl. Hettner in DJZ 1930, Sp. 1089.

21) Hess. WPG, Urteil vom 28. 3. 1951 in Hess. StAnz. vom 9. 6. 1951 (Nr. 23) Beilage Nr. 11, S. 296. Auch das WPG beim früheren Preuß. LT hat sich einmal mit der Verfassungswidrigkeit eines Wahlgesetzes beschäftigt, vgl. Ball S. 186.

22) Vgl. B. T. Beschl. vom 6. 12. 1951, Stenogr. Berichte, 1. Wahlperiode S. 7407—11 i. V. m. Drucksachen 2811—2814 (neu) 2815 (neu), 2816, 3156 und 3157; Beschl. vom 28. 5. 1954, Stenogr. Berichte, 2. Wahlperiode, 32. Sitzung S. 1531 i. V. m. Drucksachen 513 und 514 sowie Beschl. vom 22. 4. 1959, Stenogr. Berichte, 3. Wahlperiode, 69. Sitzung S. 3659 i. V. m. Drucksache 973.

gen zu achten. Darüber hinaus noch zu prüfen, ob eine formal ordnungsgemäß erlassene Vorschrift auch materiell mit der Verfassung in Einklang stehe, hält der Bundestag nicht für seine Aufgabe. Er meint, daß er anderenfalls in die Lage käme, über von ihm selbst erlassene Gesetze ein quasi richterliches Urteil zu fällen²³⁾.

In der Literatur wird die Auffassung des Bundestages überwiegend und mit Recht abgelehnt²⁴⁾. Zugestimmt wird ihr lediglich von G r e e v e²⁵⁾ und von M a u n z - D ü r i g²⁶⁾, die sich beide zunächst der gleichen Argumente wie der Bundestag bedienen und weiterhin bemerken, eine Normenkontrolle mit verbindlicher Wirkung sei aus Gründen der Rechtssicherheit dem Bundesverfassungsgericht vorzubehalten²⁷⁾. Mit diesem Argument werden aber zwei Fragen durcheinander geworfen. Nicht darum geht es, ob eine parlamentarische Körperschaft ein selbst erlassenes und später für verfassungswidrig gehaltenes Gesetz mit verbindlicher Wirkung für nichtig erklären kann, sondern darum, ob ein Parlament, wenn es als Wahlprüfungsorgan tätig wird, verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine für das Wahlergebnis bedeutsame Vorschrift unberücksichtigt lassen darf. Diese zweite Frage ist im Hinblick auf das Ziel der Wahlprüfung zu verneinen. Der Kontrollfunktion des Wahlprüfungsverfahrens würde es zuwiderlaufen, wenn trotz einer möglichen Beeinflussung des Wahlergebnisses bestimmte Einwirkungen unbeachtet bleiben könnten. Die auch von G r e e v e und M a u n z - D ü r i g im Ausgangspunkt gestellte Frage, ob die Sitzverteilung im Parlament rechtmäßig ist, könnte dann nicht beantwortet werden. Unerfindlich an der Meinung des Bundestages bleibt es auch, wie denn — wenn nicht incidenter im Wahleinspruch — die Verfassungswidrigkeit einer Wahlvorschrift überhaupt geltendgemacht werden soll. Der Bundestag meint zwar, zunächst auf die Verfassungsbeschwerde nach § 90 BVGG verweisen zu können²⁸⁾. Da jedoch bis zur Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde die einmonatige Einspruchsfrist des § 2 Abs. 4 Wahlprüfungsgesetz regelmäßig verstrichen sein wird, ist dies nur scheinbar ein gangbarer Weg. Eine Wiedereinsetzungsmöglichkeit ist gesetzlich nicht vorgesehen²⁹⁾. Selbst wenn deswegen der Wähler

23) Vgl. BVerfG 2, 302. Während das BVerfG in dieser Entscheidung zu der Streitfrage keine Stellung nimmt, heißt es in BVerfG 1, 237/38 beiläufig, im Rahmen der Wahlprüfung könnten auch Verstöße des Wahlgesetzes gegen die Verfassung gerügt werden.

24) So z. B. von Holtkotten im BK, Erl. II, 11 zu Art. 100; v. Mangoldt-Klein, Erl. III 1b zu Art. 41 GG; Geiger, BVGG Vorbem. vor § 48 Nr. 1 a; Lechner, BVGG § 13 Nr. 3, Anm. 2.; Schiller S. 143 ff. und von Seifert, BWG 56 S. 335 und 350.

25) Greeve S. 37 ff.

26) Maunz-Dürig, Rand Nr. 17 zu Art. 41 GG.

27) Vgl. Greeve S. 39.

28) Vgl. Holtkotten, oben Anm. 24.

29) Im Interesse an der alsbaldigen Klärung der Gültigkeit einer Wahl halten Seifert, BWG 56 S. 341, das OVG Koblenz in AS Rh-Pf 2, 218 ff. und der VGH Kassel in Hess. StAnz. 1950 Beilage 1 zu Nr. 17 S. 2 eine Wiedereinsetzung bei Fristversäumnis grundsätzlich nicht für zulässig. Hiervon macht das OVG Koblenz jedoch mit Recht eine Ausnahme für die Fälle, in denen der Einspruchsführer gar nicht die Möglichkeit hatte, einen Verstoß innerhalb der Einspruchsfrist mit Aussicht auf Erfolg geltend zu machen. Die Ausschließlichkeit des Wahlanfechtungsverfahrens — so sagt das OVG in AS Rh-Pf 2, 197 — treffe nur für solche Einwendungen zu, die nach zwingender gesetzlicher Vorschrift dort geltend gemacht werden müßten. Den Fall, daß eine Wahlvorschrift verfassungswidrig ist, rechnet es nicht hierzu; ebenso VGH Stuttgart in ÖV 1949, 399 und Thürk in DVBl. 1960, 796 unter III 1). Daß die einschränkende Bestimmung des § 79 Abs. 2 BVGG bei Wahlen nicht gilt, hebt Thürk unter II 2) seines Aufsatzes zutreffend hervor.

gleichzeitig mit dem Wahleinspruch eine Verfassungsbeschwerde anhängig machen würde, liefe er angesichts der Überlastung des Bundesverfassungsgerichts Gefahr, daß über den Wahleinspruch eher als über seine Verfassungsbeschwerde entschieden wird. Wie in einem solchen Fall zu verfahren ist, läßt der Bundestag offen. Es liegt in der Konsequenz seiner Ansicht, hier über die Gültigkeit der Wahl ohne Rücksicht auf eine evtl. Verfassungsverletzung zu entscheiden. Will der Einspruchsführer deswegen auf die Rüge der Verfassungswidrigkeit nicht von vornherein verzichten, so bleibt ihm gar kein anderer Weg, als sie fristgemäß beim Bundestag zu erheben.

Mann kann gewiß darüber streiten, ob der Bundestag die Befugnis hat, eine einmal von ihm erlassene und verkündete Vorschrift von sich aus für nichtig zu erklären. Nicht einzusehen ist es aber, warum ein Gesetzgebungsorgan, das seinerseits an die Verfassung gebunden ist (Art. 20 Abs. 3 GG), die Verfassungsmäßigkeit seiner Akte nicht überdenken soll. Es ist im Gegenteil sogar zu fragen, ob ein Gesetzgebungsorgan sich über die Richtigkeit seiner Akte nicht auch noch nach deren Erlaß Gedanken machen muß, und ob es nicht die Pflicht hat, im Rahmen seiner Befugnisse für Abhilfe zu sorgen, wenn und soweit sich eine Bestimmung als unvereinbar mit der Verfassung erweist. Für das Wahlprüfungsverfahren jedenfalls ist eine derartige Verpflichtung zu bejahen. Einmal deswegen, weil zu den gesetzlichen Grundlagen einer Wahl, die es im Wahlprüfungsverfahren zu wahren gilt, gerade auch die verfassungsmäßigen Wahlrechtsgrundsätze der allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahl gehören³⁰⁾. Diese Grundsätze sind von übergeordneter und letztlich entscheidender Bedeutung. Solange sie in irgendeinem Punkt nicht beachtet werden, läßt sich eine Aussage über die Recht- und Unrechtmäßigkeit eines Wahlergebnisses nicht machen. Die beschriebene Prüfungspflicht folgt zum zweiten aus der juristischen Natur des Verfahrens. Anders als bei ihrer sonstigen Tätigkeit üben nämlich die Parlamente, wenn sie die Gültigkeit ihrer Wahlen nachprüfen, Rechtsprechung im materiellen Sinne aus³¹⁾. Aus diesem Grunde müssen sie sich, wie andere Organe der Rechtsprechung auch, über die Verfassungsmäßigkeit der anzuwendenden Gesetze klar werden und gegebenenfalls zu den auftauchenden Zweifelsfragen Stellung nehmen. Eben aus diesem Grunde ist es auch nicht sinnwidrig, wenn die Parlamente gegebenenfalls genötigt sind, über die Verbindlichkeit ihrer eigenen Gesetze zu beraten. Dieses vom Bundestag so gefürchtete Ergebnis ist die rechtsstaatlich gebotene und unumgängliche Konsequenz jenes vielumstrittenen Vorrechtes, das die Parlamente für sich in Anspruch nehmen, wenn sie ihre Wahlen selbst prüfen und damit in eigener

³⁰⁾ So mit Recht Seifert, BWG 56 S. 335; vgl. auch RStGH in Lammers-Simons, Bd. II, 132 unten und Lammers in JW 1929, 58 rechte Sp.

³¹⁾ Aus der deutschen Literatur: Gg. Jellinek, Allgem. Staatslehre S. 360 und 613; Hatschek, Parlamentsrecht, S. 498 ff.; Ball S. 1; Braunias II, S. 284 mit Hinweis auf Kelsen; Kaisenberg, HdbDtStR I, 402; Carl Schmitt, Verfassungslehre S. 138; v. Mangoldt-Klein, Erl. III 1 d zu Art. 41 GG; Maunz-Dürig, Rand Nr. 15 zu Art. 41 GG; Nass S. 164, Fußnote 40; Seifert, BWG 56 S. 46 und Thürk DVBl. 1960, 797 rechts unten. Nachweise über die schweizerische und französische Literatur bei Piccenoni, S. 229 und daselbst Fußnote 7.

Sache zu Gericht sitzen wollen³²⁾: wenn schon die Parlamente spezifische Aufgaben der Rechtsprechung wahrnehmen wollen, dann dürfen sie bei der Durchführung dieser Aufgabe nicht auf halbem Wege stehen bleiben.

Entgegen der Meinung des Bundestages müssen daher verfassungswidrige Wahlvorschriften auch ohne eine zuvorige Nichtigkeitserklärung im Wahlprüfungsverfahren berücksichtigt werden. Es macht dabei keinen Unterschied, ob es sich um eine parlamentarische Selbstprüfung oder um ein Prüfungsverfahren durch unabhängige Gerichte handelt. In beiden Fällen geht es um eine Tätigkeit, die ihrer Funktion nach Rechtsprechung ist. Fraglich kann überhaupt nur sein, ob die Wahlprüfungsorgane die Nichtigkeit einer wahlrechtlichen Vorschrift verbindlich feststellen können.

Soweit die Wahlprüfungsorgane echte Gerichte sind — wie z. B. in Berlin, Bremen, Hessen und Rheinland-Pfalz — haben sie im Hinblick auf Art. 100 GG gegenüber verfassungswidrigen Wahlvorschriften keine eigene Entscheidungsbefugnis. Sie müssen, wenn sie die Verfassungsmäßigkeit einer für das Verfahren bedeutsamen Vorschrift verneinen wollen, das bei ihnen anhängige Verfahren aussetzen und um die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nachsuchen. Ebenso haben auch die Verwaltungsgerichte zu verfahren³³⁾ 34). Wo dagegen die Wahlprüfung in erster Instanz den Parlamenten obliegt, und das ist im Bund und in den meisten Ländern der Fall³⁵⁾, ist die Bestimmung des Art. 100 GG nicht ohne weiteres anwendbar. Art. 100 GG bezieht sich seinem Wortlaut nach nur auf Gerichte im formellen Sinne. Weder das endgültig entscheidende Plenum noch die vorbereitenden Wahlausschüsse besitzen diese Gerichtseigenschaft³⁶⁾. Man könnte deswegen daran denken, daß der durch Art. 100 GG zugunsten des Bundesverfassungsgerichts begründete Entscheidungsvorbehalt insoweit nicht gelte, und daß die Wahlprüfungsorgane insoweit selbst zur Feststellung der Verfahrenswidrigkeit befugt seien. Dieser Vorschlag wird von Hol k o t t e n ³⁷⁾ für die Bundestagspraxis gemacht. Nach Holkotten ist der Bundestag nicht nur verpflichtet, die Verfassungsmäßigkeit wahlrechtlicher Bestimmungen zu prüfen, sondern

32) Über die Bedenken gegen die parlamentarische Selbstprüfung und die damit verbundenen Nachteile vgl. Ball S. 35 ff. mit zahlreichen Nachweisen; ferner Kaisenberg, HdbDtStR I S. 400 f.; ähnlich Bedenken auch bei Piccononi S. 231 ff. Für den deutschen Rechtsbereich ist diese, früher heftig umstrittene Frage nicht mehr so aktuell, da gegenwärtig überall da, wo in erster Instanz die gewählte Körperschaft entscheidet, die Beschwerde an ein unabhängiges Verfassungsgericht eröffnet ist.

33) Vgl. z. B. VGHe Kassel in NJW 1958, 1992.

34) Im beschränkten Umfang ist allerdings eine eigene Entscheidungsbefugnis der VGHe bzw. OVGe denkbar, nämlich bei den Landkreis- und Gemeindevahlordnungen, die nicht den Rang eines formellen Gesetzes haben. Während für derartige Gesetze früher eine Kontrollmöglichkeit nur im Bereiche des südd. VGG (§ 25) gegeben war, ist sie jetzt durch § 47 VerwGO für das gesamte Bundesgebiet vorgesehen. Ihre Einführung ist allerdings in das Belieben der Landesgesetzgebung gestellt.

35) Vgl. neben Art. 41 GG: Art. 33 der Bayer. Verf.; Art. 31 der Verf. von Bad.-Württ.; Art. 9 der Hamburger Verf., Art. 33 der Verf. von Nordrh.-Westf. und Art. 3 der Schleswig-Holst. Landessatzung.

36) So mit Recht Greeve S. 137; vgl. ferner RStGH in RGZ 123 Anh. S. 20; Holkotten in BK, Anm. II, 11 zu Art. 100 GG; v. Mangoldt-Klein, Erl. III 2 zu Art. 41 GG und Seifert BWG 56 S. 335.

37) Holkotten a. a. O. S. 163.

sogar berechtigt, incidenter die Verfassungswidrigkeit und ihre Erheblichkeit für den Wahlausgang festzustellen. Wiewohl diese Auffassung dem Bedürfnis des Wahlprüfungsverfahrens nach Beschleunigung sehr entgegenkommt, führt sie doch, weil es sich immer nur um eine Entscheidung für den konkreten Fall handeln kann, zu paradoxen Ergebnissen: Die Wahldurchführungsorgane wüßten um die Entscheidung des Bundestages, sie müßten aber, da sie selbst an das Gesetz gebunden sind, Handlungen vornehmen, von denen im vorhinein feststeht, daß sie im Wahlprüfungsverfahren als fehlerhaft bezeichnet werden. Hieran zeigt sich, daß der Weg einer bloßen Incidentprüfung bei verfassungswidrigen Wahlgesetzen schlecht gangbar ist, daß vielmehr im Interesse der Gleichbehandlung und der Rechtssicherheit eine Vorschrift immer nur einheitlich und mit allgemeiner Verbindlichkeit für verfassungswidrig erklärt werden sollte. Da sich ein solches Ergebnis anders als durch einen verfassungsgerichtlichen Spruch nicht erzielen läßt, ist entgegen der Auffassung von Maunz-Dürig³⁸⁾ mit Seifert³⁹⁾ bei der parlamentarischen Wahlprüfung eine analoge Anwendung des Art. 100 GG zu empfehlen. Seifert weist mit Recht darauf hin, daß der Bundestag über Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG ja ohnehin eine Zwischenentscheidung des Bundesverfassungsgerichts herbeiführen könne. Die von ihm empfohlene Analogie erscheint aber nicht nur für den Bundestag, sondern für alle parlamentarischen Wahlprüfungsinstanzen gerechtfertigt, und zwar deshalb, weil es sich bei der Prüfungstätigkeit dieser Instanzen um Rechtsprechung im materiellen Sinne handelt und weil im übrigen — was auch Maunz-Dürig⁴⁰⁾ zugeben müssen — das Verfahren durch und durch gerichtsähnlich ausgebildet ist.

III. Die Stellung des Wahlfehlers im Verfahren

Wie im vorangegangenen Paragraphen festgestellt wurde, dient das Wahlprüfungsverfahren in erster Linie der Gesamtheit der Wähler und nicht dem Schutz individueller Rechtsverletzungen. Die Ermittlung von Wahlfehlern ist daher auch nicht Endzweck des Verfahrens. Andererseits ist sie aber eine notwendige Voraussetzung, um über die Frage der rechtmäßigen Zusammensetzung einer Volksvertretung entscheiden zu können. Denn auf ein richtiges Wahlergebnis kann nur im Falle der Fehlerlosigkeit geschlossen werden. Umgekehrt setzt eine unrichtige persönliche Zusammensetzung einen Wahlfehler voraus. Deshalb gehört die Ermittlung von Wahlfehlern sicherlich auch zum Gegenstand der Wahlprüfung; sie wird regelmäßig sogar den größeren Teil des Zeit- und Arbeitsaufwandes ausmachen.

38) Maunz-Dürig, Rand Nr. 17 zu Art. 41 GG, die sich wenig überzeugend auf die zu § 25 des ehemaligen süddt. VGG geäußerten Meinungen berufen. Für den Normalfall ist es sicherlich richtig, wenn ein Antrag auf Normenkontrolle nur demjenigen zugestanden wird, der selbst keine Befugnis zur Aufhebung der betreffenden Vorschrift hat. Grundsätzlich anders ist es aber, wo es um die rückwirkende Aufhebung einer Vorschrift geht, auf Grund derer sich die aufhebende Körperschaft erst konstituiert hat. Im übrigen steht die Bestimmung des Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG der Auffassung von Maunz-Dürig klar entgegen.

39) Seifert, BWG 56, S. 335; ebenso auch der Bundesminister des Innern; vgl. Holkotten a. a. O. S. 163 oben.

40) Maunz-Dürig Rand Nr. 12 zu Art. 41 GG.

Für das eigentliche Ziel des Verfahrens, die Gewährleistung einer richtigen Verteilung der Abgeordnetensitze, bildet der einzelne Wahlfehler jedoch nur eine Vorfrage⁴¹⁾. Er bildet den Ausgangspunkt für eine Untersuchung darüber, ob sinetwegen das Wahlergebnis unrichtig geworden ist. Den Ausführungen im § 3 I entsprechend braucht ihm nur insoweit nachgegangen zu werden, als nach Lage des Falles die Möglichkeit besteht, daß sich die aufgetauchte Fehlerquelle auf die Mandatsverteilung ausgewirkt haben könnte. Im übrigen können die Wahlprüfungsorgane nach der hier vertretenen Auffassung die oft schwierig zu beantwortende Frage, ob ein Wahlfehler überhaupt vorliegt, im Interesse der Beschleunigung des Verfahrens offen lassen⁴²⁾.

41) Ebenso Ball S. 2 und 229; Nass S. 215 und Schiller S. 25.

42) A. A.: Seifert, BWG 56 S. 325.

Das materielle Wahlprüfungsrecht

§ 5 Fragestellung und Methode

Als Inhalt des materiellen Wahlprüfungsrechts ist oben¹⁾ bezeichnet worden die Bestimmung der Rechtsfolgen eines Wahlfehlers. Dabei müssen von vornherein zwei Fragenkomplexe auseinandergehalten werden:

- a) Das materielle Wahlprüfungsrecht hat zunächst die Frage zum Gegenstand, ob jeder Wahlfehler oder nur bestimmte Arten von Fehlern, oder ob ein Fehler vielleicht unabhängig von seiner Art nur unter bestimmten Umständen — gegebenenfalls welchen? — Rechtsfolgen auslösen muß.
- b) Hiervon zu unterscheiden ist die Frage, welche Rechtsfolgen — wenn überhaupt — im einzelnen an einen Wahlfehler zu knüpfen sind.

Die Frage zu a) ist dabei die logisch primäre. Ebenso wie die Frage zu b) kann sie methodisch auf zwei Wegen gelöst werden. Man kann einmal vom einzelnen Fehler ausgehen und je nach Art und Ausmaß dieses Fehlers über seine Rechtsfolgen befinden. Umgekehrt kann man aber auch deduktiv vorgehen und ohne Rücksicht auf eine bestimmte Fehlerart allgemein die Voraussetzungen zu bestimmen versuchen, unter denen ein Wahlfehler Rechtsfolgen auslöst.

Ball und Piccenoni sind in ihren Arbeiten den ersten Weg gegangen. Sie behandeln systematisch gruppiert alle möglichen Fehlerquellen und stellen für jeden Einzelfall fest, welche Auswirkungen dieser Fehler haben muß. Daß dabei fortwährende Wiederholungen nötig werden, liegt auf der Hand. Namentlich Piccenoni kann es bei der von ihm gewählten Methode nicht vermeiden, hinsichtlich der Auswirkungen eines Fehlers immer wieder auf das sachliche Wahlprüfungsrecht zurückgreifen zu müssen²⁾ und damit einen Gegenstand in seine Betrachtung zu ziehen, den er systematisch erst später behandeln will. Ebenso wie Ball meint er aber, dies mit dem Hinweis rechtfertigen zu können, daß jeder isolierte Lösungsversuch Gefahr liefe, zu spekulativen und wirklichkeitsfremden Ergebnissen zu führen³⁾.

Mit dieser Befürchtung kann indessen der höhere wissenschaftliche Wert der deduktiven Methode kaum in Zweifel gezogen werden. Die von Ball und Piccenoni vorgebrachten Bedenken sind für das Gebiet des materiellen Wahlprüfungsrechts um so weniger gerechtfertigt, als dort der Versuch einer isolierten Betrachtung noch nie unternommen wurde. Darüber hinaus muß aber auch mit Fug bezweifelt werden, ob die von Ball und Pic-

1) Vgl. oben § 2 I 3 am Ende.

2) Vgl. Piccenoni S. 5, 6, 18, 27, 36, 66, 67, 76, 83, 111.

3) Vgl. Piccenoni S. 9 und Ball S. 146 ff.

cenoni eingeschlagene Methode logisch vertretbar ist. Die Aufzählung der mannigfaltigen Fehlerkombinationen gewinnt doch offensichtlich erst dann einen Sinn, wenn der qualitativen Verschiedenheit dieser Fehler rechtliche Bedeutung zukommt. Wenn sich dagegen ergibt, daß es für die juristische Betrachtung gleichgültig ist, ob z. B. ein Wahlfehler schuldlos oder schuldhaft gesetzt wurde, oder ob er auf der Verletzung einer höher- oder niederrangigen Norm beruht, wenn also Fehler gleich Fehler ist, dann erscheint es überflüssig, jede Fehlerquelle einzeln zu erörtern. Sinnvoll wäre eine derartig detaillierte Darstellung erst dann, wenn sich bei der Lösung des Gesamtproblems herausstellen würde, daß es auf die Art eines Fehlers irgendwie ankommt. Das ist aber — wie bereits gezeigt wurde — nicht der Fall⁴⁾.

Zweifellos kann auf die Darstellung der einzelnen Fehlermöglichkeiten schon der Anschaulichkeit wegen nicht ganz verzichtet werden. Für die Frage der Gültigkeit oder Ungültigkeit einer Wahl kommt es indessen primär auf die Sätze des materiellen Wahlprüfungsrechts an. Hat man diese richtig erfaßt, dann gilt es im Einzelfall nur noch zu untersuchen, wie sich der jeweils ermittelte Fehler innerhalb der Mechanik dieser Regeln auswirkt. Uns erscheint es deswegen richtiger und auch vertretbar, wenn auf deduktivem Wege lediglich die Voraussetzungen bestimmt wurden, unter denen eine irgendwie gestaltete Fehlerhaftigkeit der Wahl Rechtsfolgen für deren Gültigkeit nach sich zieht. Auf die Kasuistik der Fehler im einzelnen soll nicht eingegangen werden. Demgemäß ergibt sich für den zweiten Hauptteil dieser Arbeit folgender Aufbau: Nach Darlegung der allgemeinen Voraussetzungen (§§ 7 bis 9) wird die oben zu a) gestellte Frage mit allen Einzelheiten in den §§ 10 bis 14 behandelt. Daran anschließend werden im § 15 die besonderen wahlprüfungsrechtlichen Sanktionen besprochen. Im § 16 wird schließlich die Frage erörtert, inwieweit die Wähler, um ihren Anteil an der staatlichen Willensbildung zu haben, die Wiedergutmachung eines Wahlfehlers verlangen können.

Vorab muß sich der Verfasser jedoch noch mit einem Einwand auseinandersetzen, den man einer Arbeit der geplanten Art entgegenhalten könnte.

§ 6 Rechtfertigung der Untersuchung

I. Der Erheblichkeitsgrundsatz

Es ist müßig und ohne wissenschaftlichen Wert, so könnte man einwenden, sich über einen Gegenstand Gedanken zu machen, der seit nahezu hundert Jahren zu einem festen Bestandteil der Wahlprüfungspraxis geworden ist und der seit geraumer Zeit in einigen Wahlvorschriften bereits eine ge-

⁴⁾ Greeve stellt zwar ebenfalls die Lehre vom Wahlfehler an den Anfang seiner Arbeit, er behandelt aber nur einige ihn besonders interessierende Fehlergruppen. Da er zwischen materiellem Wahlprüfungsrecht und Wahlfehler nicht streng unterscheidet, kommt er auch nicht in die Verlegenheit, immer wieder auf die Sätze des materiellen Wahlprüfungsrechtes hinweisen zu müssen. Schiller ist einen Mittelweg gegangen. Terminologisch z. T. recht eigenwillig stellt er gewisse Fehlergruppen heraus und erörtert anhand dieser Gruppen das materielle Wahlprüfungsrecht. Wiewohl seine Darstellung dadurch schon wesentlich vereinfacht wird, wirkt sie doch, da sie ebenfalls vom einzelnen Fehler ausgeht, auf Kosten der eigentlichen Prinzipien immer noch unnötig kompliziert.

setzliche Regelung gefunden hat. In der Tat: Mit gewissen Einschränkungen hat sich, wie bei der Frage nach dem Ziel der Wahlprüfung bereits angedeutet wurde¹⁾, seit langem der Grundsatz herausgebildet, daß Wahlfehler immer nur dann beachtet zu werden brauchen, wenn sie für den Wahlausgang Bedeutung haben konnten. Dieser Grundsatz, den wir kurz den Erheblichkeitsgrundsatz nennen wollen, wurde schon in den Anfängen der Wahlprüfung vom Württembergischen Landtag befolgt²⁾. Wir finden ihn ferner in der Rechtsprechung zahlreicher Verwaltungsgerichte³⁾, in der Praxis des Wahlprüfungsgerichts beim Reichstag der Weimarer Zeit⁴⁾, in den Wahlprüfungsbeschlüssen des Bundestags⁵⁾ und in besonders klarer Form auch in einigen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts⁶⁾. Auch in der Literatur wurde und wird der Erheblichkeitsgrundsatz überwiegend für richtig gehalten⁷⁾.

Was die Gesetzeslage angeht, so ist das materielle Wahlprüfungsrecht zwar weitgehend, vor allen Dingen im parlamentarischen Bereich, nicht geregelt. Es fanden sich indessen vereinzelt schon im vorigen Jahrhundert Bestimmungen, in denen der Erheblichkeitsgrundsatz expressiv verbis niedergelegt war. Angedeutet war er bereits in der Geschäftsordnung der Nationalversammlung von 1848⁸⁾. Ganz deutlich kam er dann zum Ausdruck im § 21 des württembergischen Gesetzes betreffend die Wahl der Städte und Oberamtsbezirke für den Landtag vom 26. März 1868⁹⁾, wo es hieß:

„Die Wahl ist ungültig, wenn wesentliche Vorschriften für das Wahlverfahren unbeachtet geblieben sind und weder eine nachträgliche Ergänzung möglich, noch nachgewiesen ist, daß durch die Nichtbeachtung der betreffenden Wahlvorschriften das Ergebnis der Wahl materiell nicht beeinflusst werden konnte.“

1) Vgl. oben § 3 I und II.

2) Vgl. Ball S. 77.

3) Zur Rechtsprechung im Kaiserreich und unter der Weimarer Verfassung vgl. Ball S. 117. Heute halten sich die Verwaltungsgerichtshöfe ganz überwiegend an den Erheblichkeitsgrundsatz. Neben dem OVG Münster in DöV 1959, 457 ff. = JZ 1959, 418, das sich mit eingehender Begründung für dieses Prinzip entscheidet, seien aus der Fülle der Entscheidungen noch erwähnt: VGH Kassel in ESVGHE 7, 77; OVG Koblenz in AS Rh-Pf 2, 233; 6, 331 und 337; OVG Lüneburg in OVGE 6, 332 und 11, 306; VGH München in VGHE N. F. Teil I 2, 95 und 6, 100; VGH Stuttgart in ESVGHE 8, 77 unten.

4) Vgl. Ball S. 172, 235; besonders klar sind die Urteile in Pr. VBl. Jg. 42, 207 unter III); Jg. 46, 226 unter V 2); Jg. 47, 527 unter II) und in JW 1924, 338 ff.

5) Vgl. z. B. BT Beschl. vom 26. 3. 1952, Stenogr. Berichte, 1. Wahlperiode, 201. Sitzung S. 866 i. Verb. m. Drucksache 3201; Beschl. vom 28. 5. 1954, Stenogr. Berichte, 2. Wahlperiode, 32. Sitzung S. 1531 i. Verb. m. Drucksache 513 und besonders klar Beschl. vom 22. 4. 1959, Stenogr. Berichte, 3. Wahlperiode, 69. Sitzung S. 3659 (B) in Verb. m. Drucksache 969.

Weitere Nachweise bei Greeve S. 71–74 und bei Schiller S. 75. Aus der Praxis bei den Landtagswahlen vgl. z. B. Urte. des Hess. WPGerichts vom 28. 3. 1951 im Hess. StAnz. vom 9. 6. 1951 (Nr. 23) Beil. Nr. 11, S. 295 ff. (296 links unten).

6) Vgl. BVerfG 4, 372 f. und DöV 1956, 316.

7) Aus der älteren Literatur: Walz, „Das Staatsrecht des Großherzogtums Baden“, Tübingen 1909, S. 81; Seydel in Hirths Annalen, 1880, 331; Georg Jellinek in „System der subjektiv öffentlichen Rechte“, 2. Aufl., Tübingen 1905, S. 162; Jebens in „Die Stadtverordneten“, 2. Aufl., Berlin 1905, S. 110; Kappellmann in Pr. VBl. Jg. 24, 453; Görres in JW 1921, 49; Ernst v. Hippel a. a. O. S. 76 f., Ball S. 104 und Kaisenberg in HdbDrStR I, 405 unter III).

Aus dem Schrifttum nach 1945: Greeve S. 67; Hamann, Kommentar Erl. 1 zu Art. 41 GG; Henrichs in NJW 1960, 1746; Maunz-Dürig Rand Nr. 25 ff. zu Art. 41 GG; Nass S. 117; Rietdorf DV 1949, 665 f.; Schiller S. 15, 85 und 90; im Ergebnis wohl auch Seifert, BWG 56 S. 324 unter 8) und S. 326. Uneinheitlich dagegen v. Mangoldt-Klein, vgl. unten § 7 Anm. 53). A. A., Thürk in DVBl. 1960, 794 ff.

8) Vgl. § 6 dieser Geschäftsordnung, abgedruckt bei Hatschek, Parlamentsrecht, S. 414.

9) Reg.Bl. S. 178.

Ähnliche Bestimmungen fanden sich auch in anderen deutschen Staaten¹⁰⁾. Sie sollen im einzelnen hier nicht aufgeführt werden. Vielmehr mag in diesem Zusammenhang die Feststellung genügen, daß überall dort, wo das Gesetz überhaupt etwas zu den Rechtsfolgen eines Wahlfehlers sagt — und das ist gegenwärtig u. a. in allen Kommunalwahlgesetzen der Fall¹¹⁾ — mehr oder weniger deutlich auch der Erheblichkeitsgrundsatz zum Ausdruck kommt.

II. Anlaß der Untersuchung

Angesichts einer so übereinstimmenden Praxis und einer so eindeutigen gesetzgeberischen Lösung scheint die oben zu a) gestellte Frage — wann ein Wahlfehler überhaupt Rechtsfolgen auslöst — in der Tat kein erörterenswertes Problem zu sein. Wenn sie hier gleichwohl untersucht wird, so hat das verschiedene Gründe:

1. Es darf zunächst nicht verkannt werden, daß das materielle Wahlprüfungsrecht im ganzen gesehen nur sehr lückenhaft geregelt ist. Für die politisch wichtigsten Wahlen, die Wahlen zum alten deutschen Reichstag und zum Reichstag der Weimarer Zeit, fehlte es beispielsweise an jeder gesetzlichen Regelung. Hieran hat sich für die Bundestagswahlen nichts geändert; das eigens für diese erlassene Wahlprüfungsgesetz vom 12. März 1951¹²⁾ beschränkt sich bewußt auf die verfahrensrechtliche Seite. Auch für die Landtagswahlen fanden und finden sich in der Mehrzahl der Länder keine materiellrechtlichen Bestimmungen¹³⁾.

2. Andererseits gibt es Vorschriften, die bei bestimmten Einwirkungen auf den Wählerwillen Sanktionen auch im Falle der Unerheblichkeit verhängen. So enthalten z. B. die württembergischen Wahlgesetze von jeher die Bestimmung, daß strafbare Wählerbeeinflussungen, sofern sie von einem Wahlbewerber selbst begangen wurden, auch dann die Ungültigkeit des betreffenden Mandats zur Folge haben, wenn die Beeinflussung für den Mandats-

¹⁰⁾ Es sei auf die Zusammenstellung der älteren Gesetzgebung bei Ball S. 4 ff. und die ergänzenden Hinweise bei Jellinek AöR N. F. 36, 506 ff. verwiesen.

¹¹⁾ Vgl. § 27 des bad.-Württ. KommunalwahlG i. d. F. vom 27. 7. 1959 (GBl. S. 96); Art. 36, 37 Abs. 2 des bayerischen GemeindewahlG i. d. F. vom 11. 12. 1959 (GVBl. S. 267); § 24 Ziff. 2 des hessischen Gemeinde- und KreiswahlG i. d. F. vom 1. 7. 1960 (GVBl. S. 143); § 45 Abs. 1 Ziff. 3 u. 4 des niedersächsischen KommunalwahlG i. d. F. vom 20. 1. 1961 (GVBl. S. 5); § 38 Abs. 1 b des nordrh.-westf. KommunalwahlG i. d. F. vom 24. 12. 1960 (GVBl. S. 449); § 43 Abs. 3 des rheinland-pfälzischen GemeindewahlG i. d. F. vom 6. 7. 1960 (GVBl. S. 181) i. V. m. § 69 Abs. 1 der dazu ergangenen DVO vom 18. 7. 1960 (GVBl. S. 187); § 51 Abs. 4 des saarländischen KommunalwahlG i. d. F. vom 29. 9. 1960 (Amtsbl. S. 706) i. V. m. § 57 Abs. 4 der dazu ergangenen DVO vom 10. 10. 1960 (Amtsbl. S. 713) und § 37 Abs. 1 Ziff. 2 des GemeindewahlG von Schleswig-Holstein vom 5. 12. 1961 (GVBl. S. 183).

¹²⁾ BGBl. I S. 166.

¹³⁾ Vgl. für die Weimarer Zeit die Gesetzesübersicht bei Ball S. 127 ff. Gegenwärtig enthalten — wenn auch nicht immer vollständig — folgende Bestimmungen eine Regelung des materiellen Wahlprüfungsrechts: Art. 78 der Hess. Verf.; § 1 des LandeswahlprüfungG von Bad.-Württ. vom 7. 11. 1955 (GVBl. S. 231); § 16 des WahlprüfungG von Niedersachsen vom 6. 3. 1956 (GVBl. S. 87), §§ 5, 7 des WahlprüfungG von Nordrh.-Westf. vom 20. 11. 1951 (GVBl. S. 147) und § 55 Abs. 1 des saarl. LandtagswahlG vom 29. 9. 1960 (Amtsbl. S. 759).

¹⁴⁾ Vgl. z. B. § 21 Abs. 2 des oben, Anm. 9, zitierten Württ. Gesetzes von 1868 und aus neuerer Zeit: § 27 Abs. 2 Satz 2 des bad.-Württ. KommunalwahlG (oben Anm. 11). Auch in der Schweiz finden sich derartige Durchbrechungen, und zwar sowohl in der Praxis als auch in der Gesetzgebung, vgl. Piccenoni S. 149 oben.

erwerb nachweisbar nicht ursächlich war¹⁴⁾). Ähnliche Regeln finden sich in Bayern¹⁵⁾. Für das Gebiet der Kommunalwahlen gab es sie bis vor kurzer Zeit auch in Rheinland-Pfalz¹⁶⁾.

Beim ersten Anblick ist man geneigt, in derartigen Bestimmungen nicht mehr zu sehen, als eine zusätzlich aufgestellte negative Wählbarkeitsvoraussetzung. Aber darum allein handelt es sich nicht: Während nämlich im allgemeinen beim Fehlen einer positiven oder beim Vorhandensein einer negativen Wählbarkeitsvoraussetzung der Fehler für den Mandatserwerb unmittelbar ursächlich ist, wird hier das Prinzip der Erheblichkeit bewußt zugunsten eines Tatbestandes durchbrochen, den der Gesetzgeber offenbar für besonders verwerflich hält.

3. Einen weiteren Anlaß der Untersuchung bildet die Frage, ob der Erheblichkeitsgrundsatz auch gegenüber elementaren Rechtsverstößen Geltung beanspruchen kann, mit anderen Worten: ob er allgemeingültig ist. Wie unten¹⁷⁾ im einzelnen noch darzustellen sein wird, war diese Frage schon immer umstritten. In der älteren Praxis wurde der Erheblichkeitsgrundsatz überhaupt nur für bestimmte Fehlergruppen anerkannt. Namentlich im Kaiserreich, z. T. aber auch noch in der Weimarer Zeit, unterschied man weitgehend zwischen absoluten und relativen Verfahrensverstößen. Auf die Erheblichkeit eines Fehlers ließ man es nur bei minder schweren Fällen, den sog. relativen Verstößen, ankommen. Bei den absoluten Verstößen wurde der Wahlakt dagegen ohne Rücksicht auf die Auswirkungen des Fehlers im Einzelfall für nichtig erklärt. Deswegen war es sicherlich unrichtig, wenn Walter Jellinek¹⁸⁾ vom Erheblichkeitsgrundsatz im Jahre 1930 als einem „nie angezweifelten Satz“ sprach.

Heute spielt die Unterscheidung zwischen absoluten und relativen Verstößen zwar nicht mehr die Rolle, die man ihr früher beimaß, sie findet sich aber vereinzelt auch noch in Wahlprüfungsentscheidungen nach 1945¹⁹⁾. Berücksichtigt man ferner, daß darüber hinaus immer wieder Stimmen laut werden, die in Verstößen gegen einen der fünf verfassungsmäßigen Wahlgrundsätze einen absoluten Ungültigkeitsgrund sehen wollen²⁰⁾, dann läßt sich auch für den gegenwärtigen Meinungsstand schwerlich behaupten, es handele sich bei dem Erheblichkeitsgrundsatz um „gefestigtes Gewohnheitsrecht“²¹⁾. Für eine solche Annahme fehlt es bereits an dem Merkmal einer übereinstimmenden und dauernden Übung.

15) Vgl. z. B. Art. 31 des bayer. LandtagswahlG vom 9. 4. 1906 (GVBl. S. 131) und Art. 15 des bayer. GemeindewahlG (oben Anm. 11).

16) Vgl. § 48 Abs. 3 der DVO zum rheinl.-pfälz. GemeindewahlG vom 3. 7. 1956 (GVBl. S. 77). In der neuen Kommunalwahlordnung vom 18. 7. 1960 (GVBl. S. 187) ist diese Bestimmung nicht mehr enthalten.

17) Vgl. unten § 7 III 2).

18) Walter Jellinek in HdbDtStR I S. 630

19) Vgl. unten § 7 III 2).

20) Zuletzt haben diese Auffassung v. Mangoldt-Klein, Erl. III 2 h zu Art. 38 GG und Thürk in DVBl. 1960, 794 ff. vertreten.

21) So Werner Schmitt S. 28

4. Geben sonach ein weitgehend ungeregelter Bereich einerseits und die verschiedensten Durchbrechungen des Erheblichkeitsgrundsatzes in Gesetzgebung, Literatur und Rechtsprechung andererseits schon Anlaß genug, sich mit der Frage, wann ein Wahlfehler Rechtsfolgen auslösen muß, grundsätzlich zu beschäftigen, so ist es nach Meinung des Verfassers wegen der eminenten Bedeutung dieser Frage für das demokratische Verfassungsleben auch notwendig, einmal nach den Gründen zu forschen, die die überwiegende Praxis und die darauf fußende Gesetzgebung zur Einhaltung des Erheblichkeitsgrundsatzes bewogen haben. So ohne weiteres ist nämlich gar nicht einzusehen, warum weite Kreise der Wählerschaft empfindlich in ihrem Wahlrecht verletzt sein können und dennoch die Wahl Bestand haben soll, solange nur das Endergebnis richtig ist. Heißt es nicht allgemein, das Wahlrecht sei das höchste und wichtigste staatsbürgerliche Recht, und spricht nicht das Bundesverfassungsgericht²²⁾ von ihm als dem „vornehmsten Recht des Bürgers im demokratischen Staat“? Warum also sollen dann bis zu einer gewissen Grenze schwere und schwerste Verstöße gegen das höchste demokratische Recht einfach hingenommen werden?

Soweit ersichtlich, ist eine spezifisch rechtliche Begründung für den Erheblichkeitsgrundsatz bisher nirgends gegeben worden. Offenbar wird dieses Prinzip von seinen Anhängern für so selbstverständlich gehalten, daß man sich um seine Rechtfertigung gar nicht erst bemüht. Bundestag und Bundesverfassungsgericht beschränken sich z. B. darauf, es als eine gegebene Tatsache hinzustellen, daß alle Wahlfehler, die das Endergebnis als solches nicht infragestellen, für das Wahlprüfungsverfahren unbeachtlich seien. Die wenigen Stellen, die sich um eine Begründung überhaupt Gedanken machen, berufen sich für die Richtigkeit des Erheblichkeitssatzes auf Zweckmäßigkeitserwägungen. So sprechen beispielsweise Maunz-Dürig²³⁾ in der Kommentierung zu Art. 41 GG von einer Mittel-Erfolg-Relation, von einem sog. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, nach welchem ein an sich rechtmäßiger Eingriff dann nicht erlaubt sei, wenn sein Erfolg in keinem Verhältnis zu dem durch ihn verursachten Schaden stehe. Andere führen praktische Bedürfnisse der staatlichen Willensbildung sowie den Aufwand und die Mehrkosten ins Feld, die im Fall einer Wiederholungswahl notwendig würden²⁴⁾. Das ist alles sicherlich nicht falsch, aber es wird weder den in seinem Wahlrecht beeinträchtigten Wähler überzeugen, noch wird es — und das ist das Entscheidende — der Bedeutung des Problems voll gerecht. Denn wenn der Erheblichkeitsgrundsatz seine Grundlage wirklich nur in Zweckmäßigkeitserwägungen hätte oder wenn er — wie Thürk²⁵⁾ behauptet — überhaupt

²²⁾ BVerfG. 1, 33 unten.

²³⁾ Maunz-Dürig, Rand Nr. 28 zu Art. 41 GG. In der Sache ähnlich spricht Hatschek (Dt. u. Preuß. Staatsrecht, Bd. I S. 451/52) von einer dem Polizeirecht vergleichbaren Interessenabwägung, die es den Wahlprüfungsinstanzen erlaube, ihr Ermessen auszuüben und von zwei Übeln das kleinere zu wählen.

²⁴⁾ So die Begründung Greeves auf S. 67 und S. 72.

²⁵⁾ Thürk in DVBl. 1960, 796 links unten.

nur ein „politischer Gesichtspunkt“ wäre, dann müßte es ja im Belieben des Gesetzgebers stehen, das sachliche Wahlprüfungsrecht auch anders zu regeln. Das materielle Wahlprüfungsrecht könnte dann als politisches Kampfmittel der jeweiligen Mehrheit ausgestaltet werden, etwa derart, daß Wahlfehler nur dann Ungültigkeitsfolgen nach sich ziehen, wenn sie sich über einen bestimmten Umfang des Wahlgebiets erstrecken, oder wenn sich ihrer wegen die parteipolitische Zusammensetzung der Volksvertretung geändert hätte. Daß eine Regelung der angedeuteten Art nicht außerhalb der denkbaren Möglichkeiten liegt, kann nach den gerade auf dem Gebiet des Wahlrechts gemachten Erfahrungen nicht bestritten werden. Es ließen sich sicherlich auch Erwägungen anstellen, die die sachliche Notwendigkeit einer solchen Regelung rechtfertigen könnten. Und dennoch wird man fragen müssen, ob eine derartige Regelung überhaupt zulässig wäre. Denn wie wir bereits bei der Erörterung des Gegensatzes Abgeordneten- oder Parteienwahl²⁶⁾ sahen, beruht das materielle Wahlprüfungsrecht anscheinend nicht nur auf Vernunfts- und Zweckmäßigkeitsüberlegungen. Es hat seine Wurzeln offenbar unmittelbar in verfassungsrechtlichen Prinzipien. Diese herauszuarbeiten ist eines der vordringlichsten Anliegen dieser Untersuchung. Es ist ein Anliegen, das nicht nur theoretisch reizvoll, sondern auch praktisch von einiger Bedeutung ist. Wenn es nämlich gelänge, den Erheblichkeitsgrundsatz aus der Verfassung selbst abzuleiten, dann wäre damit der jahrzehntealte Streit um die absoluten Ungültigkeitsgründe erledigt.

Aus ganz unterschiedlichen Gründen ist es also von Interesse, zu erforschen, ob der Satz, daß Wahlfehler nur dann Sanktionen nach sich ziehen, wenn sie auf das Wahlergebnis Einfluß gehabt haben, richtig ist, ob er universell gilt, gegebenenfalls: warum er gilt, und ob er — was namentlich von Thürk²⁵⁾ und Greeve²⁷⁾ vertreten wird — auf politischen Ermessens- und Zweckmäßigkeitsüberlegungen oder auf Rechtsgrundsätzen beruht. Dabei gilt es insbesondere danach zu fragen, inwieweit dem Gesetzgeber bei einer Regelung des materiellen Wahlprüfungsrechts verfassungsrechtliche Bindungen auferlegt sind. Der Versuch einer derartigen Betrachtung soll im Folgenden unternommen werden. Daß dabei nicht von den konkret vorhandenen Gesetzen, sondern von den allgemeinen Grundlagen ausgegangen werden muß, praktisch also so vorzugehen ist, als ob es Regeln des materiellen Wahlprüfungsrechts überhaupt nicht gäbe, ergibt sich aus der gestellten Aufgabe.

²⁶⁾ Vgl. oben § 3 III 3).

²⁷⁾ So sagt Greeve z. B. auf S. 34, die Entscheidung über die wahlprüfungsrechtlichen Reaktionen sei „in ganz besonderem Maße eine politische Ermessensentscheidung“. Auf S. 32 bemerkt er, über die Rechtmäßigkeit des Wahlaktes und der damit verbundenen Parlamentszusammensetzung könne nicht nach starren, im voraus festgelegten Einzelregeln, sondern nur aus „der jeweiligen Verfassungssituation nach eigenem Ermessen der Wahlprüfungsorgane entschieden werden“. Im Gegensatz hierzu sagt Greeve auf S. 112, die Wahlprüfung sei ein Akt der Rechtskontrolle.

§ 7 Die Wahl als Staatsakt

I. Die Anwendbarkeit der Lehre vom fehlerhaften Staatsakt

Bei der Wahl werden die wahlberechtigten Aktivbürger hoheitlich tätig. Ihr in der Abstimmung zum Ausdruck kommender Wille ist Bestandteil eines organschaftlichen Kollektivaktes, in dem das Volk durch seine politisch verantwortlichen Mitglieder die ihm ursprünglich zustehende Staatsgewalt ausübt. Die Wahl erhält damit den Charakter eines Staatsaktes¹⁾. Ist in ihrem Verlauf ein Fehler vorgekommen, so kann man den dadurch fehlerhaft gewordenen Wahlakt auch als fehlerhaften Staatsakt bezeichnen.

Das Problem des materiellen Wahlprüfungsrechts stellt sich somit in den weiteren Rahmen der Lehre vom fehlerhaften Staatsakt²⁾. Obwohl sich gerade aus der Lehre vom fehlerhaften Staatsakt für das vorliegende Problem wichtige Anhaltspunkte gewinnen lassen, wird diese einfache Erkenntnis vielfach nicht genügend beachtet. Eine rechtsdogmatische Lösung muß von den Erkenntnissen dieser Lehre ausgehen und immer wieder auf sie zurückgreifen.

II. Nichtigkeit oder Aufhebbarkeit

Bekanntlich unterscheidet die Lehre vom fehlerhaften Staatsakt bei den Fehlerfolgen zwischen Nichtigkeit schlechthin und Aufhebbarkeit. Nichtigkeit bedeutet, daß einem Staatsakt von vornherein jeder Rechtscharakter fehlt, und zwar dergestalt, daß er von niemanden beachtet zu werden braucht und daß es zu seiner Beseitigung eines neuen Rechtsaktes nicht mehr bedarf. Ist dagegen zur Vernichtung eines fehlerhaften Aktes ein neuer Rechtsakt erforderlich, dann spricht man von Aufhebbarkeit oder Vernichtbarkeit³⁾.

Im großen und ganzen hat die Abgrenzung zwischen nichtigen und aufhebbaren Staatsakten nur für das Problem des fehlerhaften Verwaltungsaktes Bedeutung erlangt⁴⁾. Für das Problem der fehlerhaften Wahl besteht der Unterschied nicht, weil es nach der gegenwärtigen Gesetzeslage zur Beseitigung einer fehlerhaften Wahl stets eines besonderen Rechtsaktes bedarf, im Sinne der Terminologie der Lehre vom fehlerhaften Staatsakt in aller Regel also nur die Aufhebbarkeit eines fehlerhaften Wahlergebnisses zur Debatte steht⁵⁾ 6). Selbst dort, wo die Fehlerhaftigkeit des Verfahrens bereits ver-

1) Ebenso Walter Jellinek in AöR N. F. 15, 119 und früher schon Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 580 und S. 593/94; vgl. ferner: Scheldner in AöR N. F. 17, 116; Werner Schmitt S. 25 und 40; Seifert, BWG 1956 Vorbem. zu § 32; Schiller S. 54 und neuerdings Henrichs NJW 1960, 1746 sowie Thürk in DVBl. 1960, 795. Weitere Nachweise bei Nass S. 146, Fußnote 2.

2) Vgl. Piccenoni S. 1.

3) Vgl. Imboden S. 4 ff. und S. 25 f.

4) Vgl. dazu statt vieler die Abhandlung von Bender in DVBl. 1953, 33 ff.

5) Vgl. Apelt in AöR N. F. 18, 127; Hatschek, Dt. und Preuß. Staatsrecht, Bd. I, S. 460 unter 4); OVG Koblenz in AS Rh-Pf 5, 412 ff. (415) mit weiteren Nachweisen; VGH München in VGHE N. F. 14, 57 unter 8 a) und entgegen Thürk in DVBl. 1960, 796 unter III 3) wohl auch der RStGH in RGZ 112 Anh. S. 24; Henrichs in NJW 1960, 1746 ff; ebenso für das Schweizer Recht: Piccenoni S. 177.

bindlich feststeht, ist der Wahlakt ipso iure nicht ungültig. Als Staatsakt muß er vielmehr auch in einem solchen Fall immer noch von der dazu berufenen Stelle für ungültig erklärt werden. Unrichtig war es deswegen, wenn von der saarländischen Regierung aus dem vielbeachteten Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 12. 7. 1960⁷⁾ zur Nichtigkeit des § 25 Abs. 2 Satz 1 des saarländischen Kommunalwahlgesetzes (Ausschluß der sog. Rathausparteien) kurzerhand auf die rückwirkende Ungültigkeit der gesamten saarländischen Kreis- und Kommunalwahlen vom 15. 5. 1960 geschlossen wurde⁸⁾. Das Bundesverfassungsgericht hat in dem erwähnten Beschluß bewußt zu den Auswirkungen seiner Entscheidung nichts gesagt. Es hat sich darauf beschränkt, die gerügte Vorschrift des saarländischen Wahlgesetzes für verfassungswidrig zu erklären. Schon früher hat es ausgeführt, daß über die wahlprüfungsrechtlichen Konsequenzen einer derartigen Nichtigerklärung nicht vom Bundesverfassungsgericht, sondern allein von den Wahlprüfungsorganen entschieden werden könne⁸⁾. Wie Henrichs⁹⁾ mit Recht feststellt, hätten deswegen die saarländischen Kommunalwahlen, die als verfassungsrechtliches Faktum zunächst einmal existent waren, so lange als rechtsbeständig angesehen werden müssen, bis sie im Wahlprüfungsverfahren für ungültig erklärt wurden. Eine pauschale Ungültigkeitserklärung auszusprechen, war die saarländische Regierung weder kompetenzmäßig noch sachlich befugt. Da in konsequenter Anwendung der Lehre vom fehlerhaften Staatsakt heute auch Einigkeit darüber herrscht, daß einer fehlerhaft bestellten Volksvertretung die Befugnis zum Tätigwerden erst durch die Entscheidung der Wahlprüfungsorgane entzogen wird¹⁰⁾, bestand ferner kein Anlaß, den aus den Kommunalwahlen hervorgegangenen Organen mit sofortiger Wirkung jede weitere Amtshandlung zu verbieten¹¹⁾.

6) Freilich kann und soll mit dieser Feststellung die Möglichkeit nicht völlig ausgeschlossen werden, in besonders gelagerten Extremfällen einer Wahl von vornherein jede Wirksamkeit abzusprechen. Als Beispiel für einen derartigen Extremfall erwähnt W. Jellinek in AöR N. F. 15, 119 eine Wahl nach dem Dreiklassenwahlrecht. Er meint, eine derartige Wahl sei sicherlich in dem Sinne unwirksam, daß die gewählte Körperschaft nicht einmal mehr über ihren eigenen Rechtsbestand entscheiden könne. Ebenso könnte eine Wahl, bei der offen abgestimmt werden müßte, und bei der die Teilnahme mittelbar dadurch erzwungen würde, daß man die wichtigsten Güter des täglichen Bedarfs nur noch denjenigen zugesteht, die sich an der offenen Abstimmung beteiligen, nicht einmal den Schein der Gültigkeit für sich in Anspruch nehmen. Tatbestände dieser Art dürften allerdings in den Demokratien westlicher Prägung kaum vorkommen. Sie liegen sicherlich so lange nicht vor, solange ein Verstoß nicht einmal die Sitzverteilung berührt.

7) BVerfG in NJW 1960, 1755 f. = DVBl. 1960, 632 ff.

8) Vgl. BVerfG 3, 52; im gleichen Sinne entschieden schon die Staatsgerichtshöfe der Weimarer Zeit, zusammengestellt bei Lammers in JW 1929, 53 ff.; vgl. ferner Apelt in AöR N. F. 18, 128 und Thürk in DVBl. 1960, 795 unter II 1).

9) Vgl. Henrichs in NJW 1960, 1748.

10) Bedeutung hat diese Erkenntnis namentlich für die Wirksamkeit der von der Volksvertretung bis zur Ungültigerklärung der Wahl gefaßten Beschlüsse. Diese Beschlüsse werden nach wohl einhelliger Meinung als verbindlich angesehen: vgl. BVerfG 1, 38 und 3, 44; RStGH in Lammers-Simons II, 135; Hess. StGH, daselbst III, 347; VGH Kassel in DöV 1952, 509; OVG Koblenz in AS Rh-Pf 2, 202 und 5, 366. Aus dem Schrifttum: Lammers in JW 1929, 62; Schelcher in AöR N. F. 17, 116 ff.; Beyer in Pr. VBl. Jg. 46, 33 und Henrichs in NJW 1960, 1747. In einigen neueren Wahlgesetzen ist dieser von Lehre und Praxis herausgearbeitete Grundsatz bereits verankert, so z. B. in Art. 38 Abs. 2 des bayer. GemeindewahlG i. d. F. vom 11. 12. 1959 (GVBl. S. 267), in § 38 Abs. 3 des nordrh.-westfäl. KommunalwahlG i. d. F. vom 21. 6. 1960 (GVBl. S. 187) und in § 51 Abs. 7 des saarl. KommunalwahlG vom 29. 9. 1960 (Amtsbl. S. 706). Die gleichlautende Regelung des § 47 Abs. 3 der DVO zum rheinland-pfälz. GemeindewahlG vom 3. 7. 1956 (GVBl. S. 77) ist in der DVO vom 18. 7. 1960 (GVBl. S. 187) nicht mehr enthalten.

III. Lösungsmöglichkeiten

Auch für die Methodik, nach der man die Folgen eines Wahlfehlers bestimmen könnte, ergeben sich aus der Lehre vom fehlerhaften Staatsakt wertvolle Anhaltspunkte. Hier ist freilich nicht beabsichtigt, den Methodenstreit in allen Einzelheiten zu erörtern. Es soll lediglich aufgezeigt werden, daß auch für unser Problem das Ergebnis mit der eingeschlagenen Methode steht und fällt, und daß die unterschiedlichen Auffassungen in Theorie und Praxis letztlich auf verschiedene Vorstellungen über die Behandlung eines fehlerhaften Staatsaktes zurückgehen. Bewußt oder unbewußt sind in den Grundzügen methodisch alle Wege bereits eingeschlagen worden.

1. *Die logisch-deduktive Lösung:* Man könnte zunächst nach der Konzeption Kelsens¹²⁾ rein logisch vorgehen und etwa so argumentieren: Allen positiv-rechtlichen Vorschriften kommt von vornherein die gleiche Bedeutung zu. Sie stellen die Bedingungen auf, unter denen die Rechtsordnung einem Staatsakt rechtliche Anerkennung verleiht. Die Wahl ist ein solcher Staatsakt. Ihr Verlauf ist bis ins einzelne formell und materiell streng geregelt. Demzufolge muß schon der geringste Verstoß gegen eine wahlrechtliche Bestimmung den ganzen Wahlakt ungültig machen. Es entspricht dann zumindest ein Element des Aktes nicht mehr den von der Rechtsordnung für ihn aufgestellten Bedingungen.

Wenn man so vorgeht und etwa wie Stier-Somlo¹³⁾ oder das Preuß. OVG¹⁴⁾ argumentiert, eine Wahl, die unter der Leitung eines nicht ordnungsgemäß gebildeten Wahlvorstandes vollzogen wurde, sei keine Wahl und deswegen ungültig, dann ist hiergegen vom logischen Standpunkt sicherlich nichts einzuwenden. Was ist indessen die Konsequenz einer derartigen Betrachtungsweise? Doch nur die, daß eine gültige Wahl niemals zustandekommen kann. Alle dahingehenden Versuche wären im vorhinein zum Scheitern verurteilt, weil jede Wahl angesichts der Vielzahl der Mitwirkenden so viele Fehlerquellen in sich birgt, daß das Vorhandensein wenigstens eines Fehlers ohne weiteres unterstellt werden kann. Wenn jeder noch so bedeutungslose Fehler den ganzen Wahlakt nichtig machen würde, dann könnte man sich folglich den Aufwand des Prüfungsverfahrens ruhig er-

11) Der saarländische Innenminister hatte durch RdErl. vom 5. 8. 1960-C 2/4205-00- zunächst angeordnet, daß alle aus den Kreis- und Kommunalwahlen vom 15. 5. 1960 hervorgegangenen Selbstverwaltungskörperschaften „sich ab 1. 8. 1960 jeder weiteren Funktion zu enthalten hätten“. Wenige Tage später wurde dieser Erlaß wieder eingeschränkt. Die gewählten Gemeinde- und Kreisorgane sollten vorerst als Staatskommissare weiter im Amt bleiben (vgl. Henrichs NJW 1960, 1748/49, der dieses Verfahren zu Recht beanstandet). Im § 51 Abs. 7 des neuen saarl. KommunalwahlG vom 29. 9. 1960 (oben Anm. 10) ist dann eine Regelung im hier vertretenen Sinne erfolgt.

12) Vgl. Hans Kelsen, „Über Staatsunrecht“ in Grünhuts Zeitschrift, Bd. 40, 54 ff. Die Überlegungen Kelsens betreffen allerdings nicht speziell das vorliegende Problem, sondern das Problem des fehlerhaften Verwaltungsaktes. Sie werden in diesem Zusammenhang nur als typisch für eine unter verschiedenen Lösungsmöglichkeiten angeführt.

13) Stier-Somlo im Verwaltungsarchiv 1904 (Bd. 12), 438 ff. (443).

14) Pr. OVG in Pr. VBl. Jg. 24, 322. Ähnlich auch die in der Entscheidung des OVG Koblenz AS Rh-Pf 2, 190 wiedergegebene Argumentation eines rheinl.-pfälz. Kreisausschusses: Wegen der vom Verfassungsgerichtshof festgestellten Nichtigkeit der Wahlvorschrift ist auch der Wahlvorgang als solcher nichtig. Aus der Wahl können die Gewählten deshalb nicht die Rechtsstellung als Mitglieder einer Gemeindevertretung ableiten.

sparen und jede Wahl von vornherein für ungültig erklären. Schon aus diesem Grunde kann die allein von rechtslogischen Erwägungen ausgehende Theorie Kelsens, die wegen ihrer formalen Einseitigkeit übrigens auch sonst kaum Zustimmung gefunden hat¹⁵⁾, für die Beurteilung der Rechtsfolgen eines Wahlfehlers nicht herangezogen werden. Sie wird von Piccenoni¹⁶⁾ als Lösungsgrundlage mit Recht abgelehnt. Auch das Preuß. OVG hat sich — wie im folgenden noch zu zeigen sein wird — mit wenigen Ausnahmen nie zu einer rein formalen Betrachtungsweise bekannt.

2. *Die Lösung nach der Evidenztheorie:* Ein anderer Weg wäre der, daß man die einzelnen Wahlfehler in Anlehnung an die dem Verwaltungsrecht geläufige sog. Evidenztheorie¹⁷⁾ nach ihrer Gewichtigkeit differenziert und hinsichtlich der Rechtsfolgen zwischen schweren und minder schweren Verstößen unterscheidet, mit anderen Worten also den Grad der Sanktion nach dem Grade des Fehlers bestimmt.

a) *Die ältere Rechtsprechung:* Wie oben¹⁸⁾ bereits angedeutet, lag eine derartige differenzierte Betrachtungsweise einem Großteil der älteren Wahlprüfungspraxis zugrunde. Nicht nur der alte Deutsche Reichstag¹⁹⁾ und das Preußische Abgeordnetenhaus²⁰⁾, sondern auch das zeitweilig mit der Überprüfung der Landtagswahlen in Elsaß-Lothringen betraute OLG Colmar²¹⁾ und für den Bereich der Kommunalwahlen in Norddeutschland das Preuß. OVG²²⁾ unterschieden seinerzeit drei Gruppen von Wahlfehlern: die absoluten, die relativen und die überhaupt unbeachtlichen. Als absolute Verstöße wurden der Art nach besonders schwere Verstöße angesehen. Sie sollten den Wahlakt stets, d. h. ohne Rücksicht auf ihre Auswirkungen im Einzelfall nichtig machen. Minder schwere, sog. relative Fehler sollten nur im Falle der Erheblichkeit beachtet werden und einige wenige Tatbestände schließlich (z. B. eine Verspätung bei der Durchführung einer Ergänzungswahl²³⁾ oder die Nichtunterzeichnung des Abstimmungsprotokolls durch den Wahlvorsteher²⁴⁾) wollte man ganz ohne Sanktion lassen. Die Rechtsfolgen sollten sich nach dieser Auffassung also nicht nach einem einheitlichen Prinzip richten, sondern nach der Einordnung des jeweiligen Verstoßes unter eine der

15) Gegen Kelsen wohl die heute ganz herrschende Lehre; vgl. namentlich E. v. Hippel S. 21 und 45; Imboden S. 6 und 36; Bender DVBl. 1953, 33/34 und die dort in Fußnote 11 weiter angeführten Nachweise.

16) Piccenoni S. 114; vgl. ferner E. v. Hippel S. 76 f.

17) Zur Evidenztheorie im Zusammenhang mit der Lehre vom fehlerhaften Verwaltungsakt vgl. Bender, S. 34 und die daselbst in der Fußnote 17 angeführten Nachweise. Nach Bender soll ein Verwaltungsakt nichtig sein, wenn der ihm anhaftende Fehler „unerträglich schwer“ und außerdem offenkundig ist.

18) Oben § 6 II 3.

19) Vgl. Hatschek, Parlamentsrecht S. 562 ff. und Ball S. 67 ff.

20) Vgl. Ball S. 235. Auch noch nach 1918 hat das Wahlprüfungsgericht beim Preuß. Landtag im Gegensatz zur Praxis des Reichswahlprüfungsgerichts an der Unterscheidung zwischen absoluten und relativen Verstößen festgehalten, vgl. Ball S. 184 ff.

21) Vgl. Ball S. 84 f. und Mock, DJZ 1912 Spalten 305 ff.

22) Vgl. Stier-Somlo, Verwaltungsarchiv 1904 S. 354 ff., bes. Abschnitt X (438 f.); Ball S. 108 ff. (für die Zeit bis 1918) und S. 217 ff. (für die Zeit von 1919—1930).

23) Pr. OVG 22, 1 ff.

24) Vgl. Ball S. 68 (aus der Praxis des ersten deutschen Reichstages).

drei Fehlergruppen. Damit wurde die Frage der Abgrenzung zwischen den einzelnen Tatbeständen naturgemäß zum zentralen Problem.

Für die Abgrenzung von absoluten und relativen Fehlern empfahl der Abgeordnete Dr. Schwarze dem Reichstag schon im Jahre 1871, die Nichtigkeitssgründe analog den prozessualen Vorschriften zu bestimmen und die Nichtigkeit überall dort anzunehmen, wo gegen „ein Formal verstoßen werde, in welchem eine Garantie der Loyalität des Verfahrens liegt“²⁵⁾. Damit war nun allerdings ein sicheres Abgrenzungskriterium nicht gefunden. Denn wo lag die Grenze, wo war die Loyalität des Verfahrens in Frage gestellt? War sie es nicht — je nach Lage der Dinge — bei jedem Verfahrensverstoß? — Der Reichstag erkannte diese Abgrenzungsschwierigkeiten recht bald. Er ging ihnen aus dem Wege, indem er rein formal unterschied, ob gegen eine Bestimmung des Wahlgesetzes oder gegen eine solche des Wahlreglements verstoßen worden war. War eine Bestimmung des Wahlgesetzes verletzt, die im Wahlreglement eine besondere Ergänzung gefunden hatte, dann nahm der Reichstag Nichtigkeit an; in den übrigen Fällen stellte er auf die Auswirkungen des Verstoßes im konkreten Fall ab²⁶⁾. Von dieser Basis aus wurden also absolute Verstöße beispielsweise die häufigen Fälle angesehen, daß der Wahlvorstand zu irgendeiner Zeit nicht ordnungsgemäß besetzt war²⁷⁾, daß Wahlvorsteher und Protokollführer der Wahlhandlung gleichzeitig fernblieben²⁸⁾, daß das Protokoll gänzlich fehlte²⁹⁾, oder daß es offenbar unrichtig geführt war³⁰⁾. Ferner wurden in diese Fehlerkategorie eingeordnet alle Verstöße gegen die Öffentlichkeit der Wahlhandlung und die Öffentlichkeit der Stimmenauszählung³¹⁾.

Im Gegensatz hierzu bemühte sich das Preuß. OVG von Anfang an mehr um eine Abgrenzung nach materiellen Gesichtspunkten. Zu der Unterscheidung zwischen absoluten und relativen Fehlertatbeständen erklärte es in seiner grundlegenden Entscheidung vom 5. September 1878³²⁾: „Wie auf anderen Rechtsgebieten, so haben auch bei der gesetzlichen Regelung des Wahlverfahrens die eingeführten Formen und Förmlichkeiten je nach der Verschiedenheit ihres Inhalts und des durch sie betroffenen Gegenstandes eine wesentlich verschiedene Bedeutung. Sie sind entweder unerläßliche Bedingung der Gültigkeit der danach vorzunehmenden Rechtshandlungen . . .“

²⁵⁾ Vgl. Hatschek, Dt. und Preuß. Staatsrecht, Bd. I, S. 465.

²⁶⁾ Vgl. Hatschek, Parlamentsrecht S. 562/63.

²⁷⁾ a. a. O. S. 563 unten, vgl. ferner Pr. OVG 41, 24; 57, 48 unten und Pr. Vbl. Jg. 52, 633; Einschränkungen wurden insoweit erst nach 1918 gemacht, vgl. Pr. OVG 78, 37 ff. (39).

²⁸⁾ a. a. O. S. 564 oben.

²⁹⁾ a. a. O. S. 564 Mitte.

³⁰⁾ a. a. O.

³¹⁾ a. a. O. S. 563 unten.

³²⁾ Pr. OVG 4, 5 ff. (8). Auf diese Entscheidung wurde in späteren Urteilen (z. B. Pr. Vbl. Jg. 23, S. 518 f.; Pr. OVG 6, 154; 8, 119 ff.; 17, 7) immer wieder Bezug genommen.

³³⁾ Wörtlich fast genau die gleichen Formulierungen finden sich in der Schweizer Praxis. So hat etwa der Schweizerische Bundesrat erklärt, „in der Beobachtung gewisser, vom Gesetz festgelegter Formen und Fristen (liege) eben die Gewähr dafür, daß der Wille der Wähler unverfälscht und vollständig zum Ausdruck kommt“. Im Gegensatz zum Pr. OVG macht der Bundesrat aber eine wesentliche Einschränkung insofern, als er von der Kassation der Wahlhandlung absieht, wenn die Möglichkeit einer Beeinflussung „ganz und gar ausgeschlossen ist“; vgl. Piccenoni S. 150 ff.

oder sie erstreben „nur die besondere Klarlegung und Feststellung des Inhalts einer Willenserklärung“, anders ausgedrückt: „eine mehrere Beglaubigung des unter ihren Schutz gestellten Aktes“³⁴⁾.

Obwohl damit eine zumindest nicht rein formale Abgrenzung zwischen den einzelnen Fehlerkategorien gefunden war, machte sich das Preuß. OVG im Verlauf der folgenden Jahrzehnte bei der Einordnung eines Fehlers im Einzelfall keine besondere Mühe. Die Einordnung erfolgte unter Hinweis auf den grundsätzlichen Unterschied mehr oder weniger gefühlsmäßig und regelmäßig ohne besondere Begründung. Allerdings machte sich im Verlauf der Rechtsprechung eine gewisse Kontinuität bemerkbar. Wesentliche Verfahrensmängel der erstgenannten Art nahm das Preuß. OVG z. B. an, wenn die Wählerliste nicht rechtzeitig zur allgemeinen Einsicht ausgelegt worden war³⁴⁾, wenn die Wahlbekanntmachung nichts darüber enthielt, zu welcher Art von Wahl (Hauptwahl, Ersatzwahl oder Ergänzungswahl) aufgefordert wurde³⁵⁾, wenn die vorgeschriebenen Fristen für die Bekanntmachung nicht gewahrt waren³⁶⁾, oder wenn nicht der ganze Wahlvorstand, sondern nur zwei Mitglieder desselben ohne Zuziehung des Dritten den Wahltermin bestimmt und bekannt gemacht hatten³⁷⁾. In allen diesen Fällen lehnte es das Gericht ausdrücklich ab, eine Untersuchung darüber anzustellen, ob sich der betreffende Verstoß nach der konkreten Sachlage auf das Wahlergebnis ausgewirkt hatte³⁸⁾. Ein derartiger Nachweis wurde nur gegenüber Verstößen der zweiten Kategorie, den sog. relativen Fehlern, zugelassen³⁹⁾.

Da die in den bisherigen Beispielen angeführten Verstöße im Tatsächlichen stets so gelagert waren, daß zumindest die Möglichkeit einer anders gearteten Sitzverteilung nicht ausgeschlossen werden konnte, mag vielleicht der Eindruck entstehen, als ob die Unterscheidung zwischen schweren und minder schweren Fehlern nur der Form, nicht aber der Sache nach Bedeutung gehabt hätte. So richtig eine solche Annahme vom Endergebnis her gesehen in den meisten Fällen wäre, für die Grundkonzeption wäre sie unzutreffend. Nicht alle als „absolut“ einklassifizierten Verstöße waren zugleich auch relativ. Wie die nachstehenden drei Beispiele zeigen mögen, nahm es die Praxis mit der Unterscheidung vielmehr durchaus ernst:

34) Pr. OVG 46, 102 ff. (105).

35) Pr. OVG 50, 37 ff. (40/41).

36) Pr. OVG 17, 5 ff. (8); 63, 149 ff. (152).

37) Pr. OVG 46, 111 ff. (118). Ob das OVG allerdings mit dieser Entscheidung noch seine im Urt. vom 5. 9. 1878 (oben Anm. 32) aufgestellte Abgrenzung trifft, muß füglich bezweifelt werden. Eine Vorschrift, wonach der Wahltermin nur von allen Mitgliedern des Wahlvorstandes bestimmt und bekanntgemacht werden darf, dient wohl, da es maßgeblich nur auf die Bekanntmachung als solche ankommt, eher der besseren Beglaubigung und der Klarstellung denn der Rechtsgültigkeit des Wahlaktes schlechthin.

38) Vgl. z. B. Pr. OVG in Pr. VBl. Jg. 23, S. 519: „... hier kommt es nicht darauf an, ob bei Beobachtung der (verletzten) Frist das Wahlergebnis kein anderes gewesen wäre oder ob wenigstens ein Einfluß der Nichtbeachtung der Frist unerwiesen ist; vielmehr muß die Wahl ohne weiteres für ungültig erklärt werden, sobald die Nichtbeachtung der Frist feststeht ...“; im gleichen Sinne auch die Entscheidungen in Pr. VBl. Jg. 24, 322 und Jg. 52, 633 unter 2).

39) Vgl. Pr. OVG 4, 8 unten sowie die bei Ball S. 112/13 angeführten Beispiele.

Obwohl kein Anhaltspunkt für irgendwelche Unredlichkeiten vorhanden war, wertete es z. B. das OLG Colmar⁴⁰⁾ als einen absoluten Ungültigkeitsgrund, daß es ein Wahlvorsteher vergessen hatte, den Schriftführer und die Beisitzer zu der Abstimmungsverhandlung eidesstattlich zu verpflichten. Das Preuß. OVG⁴¹⁾ erachtete die Wahrung der Fristen für die Wahlbekanntmachung für so wesentlich, daß es die Wahl selbst dann annullieren wollte, wenn trotz verspäteter Bekanntmachung alle Wahlberechtigten an der Urne erschienen waren. Über einen besonders extremen Fall aus der Praxis des ersten Deutschen Reichstages berichtet schließlich Seydel⁴²⁾: danach hat der Reichstag im Jahre 1878 die Wahl eines Bezirks, in dem von 268 Wahlberechtigten 264 für einen Kandidaten gestimmt hatten, nur deshalb für ungültig erklärt, weil zwei Wahlberechtigte ihren Stimmzettel nicht persönlich, sondern durch einen Polizeidiener hatten abgeben lassen.

b) *Die jüngere Rechtsprechung*: Differenzierungen nach der Gewichtigkeit eines Verstoßes finden sich auch in neuerer Zeit. Zwar spielen — wie bemerkt — die absoluten Formverstöße in der Praxis heute nur noch vereinzelt eine Rolle⁴³⁾. Zunehmende Bedeutung gewannen dagegen seit 1919 Verstöße gegen die verfassungsmäßigen Wahlgrundsätze. Es entstand mit dem Aufkommen der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle das Problem, wie die Verfassungswidrigkeit einer dem Wahlverfahren zugrundeliegenden Vorschrift zu beurteilen sei. Während Apelt⁴⁴⁾ und Walter Jellinek⁴⁵⁾ den Standpunkt vertraten, derartige Tatbestände seien genauso zu behandeln wie andere Gesetzesverstöße, hielten der Landtag von Mecklenburg-Strelitz⁴⁶⁾ und die Bürgerschaft von Hamburg⁴⁷⁾ diese Verstöße für so bedeutsam, daß sie, ohne nach den Auswirkungen überhaupt zu fragen, die betreffenden Wahlen für ungültig erklärten. Im gleichen Sinne entschied im Jahre 1928 der RStGH⁴⁸⁾, als er — übrigens ohne hierfür die Kompetenz zu besitzen — über die Folgen einer der sächsischen Landtagswahl vom Oktober 1926 zugrundeliegenden Bestimmung befand, die später für nichtig erklärt wurde. Der RStGH ließ dahingestellt, ob eine Wahl schon dann ungültig sei, wenn die verfassungsmäßigen Wahlgrundsätze lediglich tatsächlich von den Wahlbehörden nicht beachtet worden waren⁴⁹⁾. Sofern hingegen das Wahlgesetz selbst mit jenen Grundsätzen nicht übereinstimme, habe dies „mit rechtlicher Notwendigkeit die Ungültigkeit der streitigen Wahlen im

40) Vgl. Mock in DJZ 1912 Sp. 307 oben; Ball S. 84.

41) Pr. OVG in Pr. VBl. Jg. 23, 518 f.

42) Seydel in Hirths Annalen, 1880, 392 Anm. 5.

43) Der Unterschied tritt aber noch deutlich in der Entscheidung des VGH Stuttgart in DöV 1958, 85 und in dem Urteil des VGH Kassel in VerwRspr. 1, 328 hervor. Er wird ferner gemacht vom Württ.-Bad. StGH, Urt. vom 15. 11. 1951, LT 2. Wahlperiode, Beilage 942, S. 704/05, vom VGH Stuttgart in DÖV 1949, 357 sowie von Muntzke-Schlemp, Kommentar zur Hess. Gemeindeordnung, 1954, S. 522.

44) Apelt in AöR N. F. 18, 126 ff.

45) Jellinek in AöR N. F. 15, 116 ff.

46) Vgl. Jellinek a. a. O. S. 118.

47) a. a. O. S. 119/20.

48) RStGH in RGZ 123 Anh. S. 13 ff.

49) a. a. O. S. 22/23.

Gefolge⁵⁰⁾. Ein derartiger Fehler sei „so grundsätzlicher Natur“, daß es auf „seine größere oder geringere Erheblichkeit nicht mehr ankomme“⁵¹⁾. Dieser Auffassung des RStGH haben sich nach 1945 das OVG Koblenz⁵²⁾, v. Mangoldt-Klein⁵³⁾ und neuerdings Thürk⁵⁴⁾ angeschlossen. Das OVG Koblenz hielt die Nichtigkeit einer Wahlvorschrift für so bedeutsam, daß es sich — ein im Hinblick auf Art. 97 GG bemerkenswerter Satz — „an die Vorschriften des Gemeindevahlgesetzes (die eine Auswirkung forderten) nicht mehr gebunden“ fühlte⁵⁵⁾. Weitergehend als dieses Gericht will der Kommentar von v. Mangoldt-Klein absolute Nichtigkeit offenbar nicht nur bei verfassungswidrigen Wahlgesetzen, sondern überhaupt bei jeder Verletzung der Wahlrechtsgrundsätze annehmen.

c) *Würdigung*: Zu der Lehre von den absoluten Ungültigkeitsgründen soll an dieser Stelle abschließend noch nicht Stellung genommen werden. Sie begegnet aber — soviel sei hier gesagt — erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken⁵⁶⁾. Im übrigen mag es für den vorliegenden Zusammenhang genügen, wenn die praktischen und methodischen Bedenken aufgezeigt werden, die gegen diese Lehre bestehen. Da ist zunächst das Abgrenzungsproblem. Für dieses lassen sich befriedigende Kriterien weder bei formeller noch bei materieller Betrachtung gewinnen. Der Unterscheidung des Reichstages zwischen gewöhnlichen wahlgesetzlichen Bestimmungen und solchen, die durch die Wahlordnung besonders ergänzt wurden, hat Hatschek⁵⁷⁾ mit Recht Formalismus vorgeworfen. Es ist in der Tat verfehlt, anzunehmen, daß der Gesetzgeber dem Wahlgesetz nur dann grundlegende Bedeutung beimessen will, wenn der gleiche Gegenstand im Wahlreglement nochmals erwähnt ist. Ebenso formalistisch ist es, wenn in neuerer Zeit darauf abgestellt wird, ob es sich um die Verletzung einer einfachen Vorschrift oder um einen der verfassungsmäßigen Wahlrechtsgrundsätze handelt. Da mehr oder weniger alle Form- und Schutzbestimmungen nur eine Konkretisierung der Wahlrechtsgrundsätze darstellen, liegt in der Verletzung des Wahlgesetzes regelmäßig auch ein Verstoß gegen die Verfassung. Die beim ersten Anblick so einfache Unterscheidung verliert damit ihren Wert, ganz abgesehen davon, daß es nicht einleuchtet, weshalb z. B. ein so geringfügiger Verstoß wie die gemeinsame Benutzung der Wahlzelle durch ein Ehepaar⁵⁸⁾ die Wahl ungültig machen soll, nur weil damit gegen die von der Verfassung garantierte geheime Abstimmung verstoßen wurde.

50) a. a. O. S. 22.

51) a. a. O. S. 23 oben.

52) OVG Koblenz in AS Rh-Pf 2, 186 ff. (201/02) = DVBl. 1952, 18 ff.

53) v. Mangoldt-Klein, Erl. III 1 e zu Art. 41 GG i. V. m. Erl. III 2 h zu Art. 38 GG. Die Berufung auf Klüber in DÖV 1958, 251 ist unrichtig, da die Ausführungen Klübers auf S. 251 rechts unten gerade ergeben, daß es für die Annahme der Ungültigkeit auf die Auswirkungen eines Verfassungsverstoßes ankommt. Bei gewöhnlichen Fehlern bekennt sich Klein zum Erheblichkeitsgrundsatz.

54) Thürk in DVBl. 1960, 795 ff., bes. S. 797 unter 5).

55) Vgl. AS Rh-Pf 2, 201.

56) Vgl. unten § 10 V 2.)

57) Hatschek, Parlamentsrecht, S. 563 und Dt. und Preuß. Staatsrecht, Bd. I, S. 465.

58) Über diese Fehler vgl. unten § 11 I.

Auch die Abgrenzung nach materiellen Gesichtspunkten vermag zu juristisch einwandfreien Kriterien für die Annahme eines absoluten Ungültigkeitsgrundes nicht zu führen. Formulierungen, die von einer „unerläßlichen Bedingung für die Gültigkeit der danach vorzunehmenden Rechtshandlung“⁵⁹⁾ sprechen bzw. von Verstößen, „ohne die eine ordnungsgemäße Wahl schlechterdings nicht gedacht werden kann“⁶⁰⁾, sind zu unbestimmt, als daß sie eine brauchbare Grundlage für die Einordnung im Einzelfall bilden könnten. Es ist letzten Endes nur eine Geschmacksfrage, eine Frage der inneren Einstellung, wann man einen Fehler als so schwerwiegend ansieht, daß „an eine ordnungsgemäße Wahl nicht mehr gedacht werden kann“. Je mehr aber den lediglich subjektiven Anschauungen des Beurteilenden Raum gegeben wird, desto größer ist die Gefahr für die Rechtssicherheit. Wie sehr bei der differenzierenden Betrachtungsweise gerade die Ergebnisse voneinander abweichen können, mag die folgende Gegenüberstellung zeigen: Den gleichen Fehler, nämlich die unterlassene Verpflichtung eines Beisitzers bzw. Schriftführers zur gewissenhaften Amtsführung, haben das OLG Colmar⁶¹⁾ als absolut, das Preuß. OVG⁶²⁾ als relativ und G r e e v e⁶³⁾ als generell unbeachtlich bezeichnet!

Neben diesen Abgrenzungsschwierigkeiten erscheint die auf die „Gewichtigkeit“ eines Fehlers bezogenen Betrachtungsweise aber auch methodisch verfehlt. Sie erfolgt — was T h ü r k⁶⁴⁾ jetzt klar ausgesprochen hat — in Anlehnung an die sog. Evidenztheorie, eine Theorie, die sich mit der Abgrenzung von nichtigen und aufhebbaren Verwaltungsakten befaßt, deren Unzulänglichkeiten aber von ihren Verfechtern offen zugegeben werden⁶⁵⁾. Wenn es trotz dieser Unzulänglichkeiten nicht an Versuchen fehlt, Tatbestände der einen Gruppe möglichst genau von der anderen abzugrenzen, so hat das seinen Grund in dem für das Gebiet des Verwaltungsrechtes nun einmal bestehenden Unterschied zwischen nichtigen und aufhebbaren Verwaltungsakten. Für den vorliegenden Zusammenhang besteht indessen keine Notwendigkeit für eine derartige Unterscheidung. Es steht hier nicht das Problem Nichtigkeit oder Aufhebbarkeit zur Debatte⁶⁶⁾, sondern allgemein die Frage, wann ein Wahlfehler Rechtsfolgen auslöst. Diese Frage hat mit den speziellen Rechtsfolgen nichts zu tun. Sie kann nur einheitlich beantwortet werden. Es wäre mit der demokratischen Funktion der Wahlprüfung unvereinbar, wenn darüber, ob ein Fehler beachtet werden soll, nach mehr oder weniger emotionalen Maßstäben entschieden würde. Allzu leicht könnte sich dann das materielle Wahlprüfungsrecht zum politischen Kampfmittel

59) So das Pr. OVG, oben Anm. 32.

60) So die Formulierung des VGH Stuttgart in DÖV 1958, 85 Leitsatz 5.

61) Vgl. Anm. 40.

62) Pr. OVG 4, 5 ff.

63) Greeve S. 37, Fußnote 2.

64) Thürk in DVBl. 1960, 796 links unten.

65) Vgl. H. J. Wolff in MDR 1951, 523 ff.; Bender in DVBl. 1953, 35 links unten, sowie Forsthoff, Lehrbuch I, 5. Aufl., S. 187, Fußnote 4.

66) Vgl. oben unter II).

gestalten, indem Fehler bei der Wahl des politischen Gegners als schwerwiegend, Fehler bei der eigenen dagegen als unbedeutend bezeichnet werden.

3. *Die teleologische Lösung:* Einen dritten Weg bietet schließlich die für den Bereich des öffentlichen Rechts vornehmlich von v. Hippel⁶⁷⁾ entwickelte sog. teleologische Methode. Diese Methode setzt an die Stelle von rationellen Generalisierungen eine zweckbetonte Individualisierung der Rechtsfolgen. Ihr Wesen besteht darin, „den fehlerhaften Akt so zu behandeln, wie es dem Sinn einer konkreten Norm entspricht“⁶⁸⁾. Nach v. Hippel⁶⁹⁾ sollen sich die Folgen eines Fehlers nicht nach seiner Bedeutung bzw. Wichtigkeit richten, Rechtsfolgen sollen vielmehr nur insoweit gezogen werden, als der ermittelte Verstoß dem Normzweck einer Rechtsinstitution zuwiderläuft. Normzweck ist dabei das „vom Gesetzgeber zugrundegelegte sachliche Ideal, welches die Norm verwirklichen soll“⁷⁰⁾.

Wie v. Hippel⁷¹⁾ im einzelnen nachgewiesen hat, muß in der Lehre vom fehlerhaften Staatsakt letztlich jeder Lösungsversuch, will er zu brauchbaren Ergebnissen kommen, auf eine teleologische Betrachtungsweise zurückgreifen. Es hat sich dementsprechend nicht nur in der Literatur, sondern auch in der Praxis seit langem ein zweckbedingtes, auf den Sinngehalt der verletzten Norm bezogenes Denken durchgesetzt⁷²⁾. Dieser teleologischen Betrachtungsweise soll hier gefolgt werden.

Für den vorliegenden Zusammenhang bedeutet die teleologische Methode, daß sich die Rechtsfolgen eines Wahlfehlers nur aus dem Zweck der Wahl, d. h. der der demokratischen Wahl innewohnenden „Normidee“ bestimmen lassen. Sie bedeutet hingegen nicht eine reine Zweckmäßigkeitsorientierung an der staatsrechtlichen oder politischen Interessenlage. Zwar sind die empirisch für und wider den Ausspruch einer Sanktion vorhandenen Interessen auch für die teleologische Methode von Bedeutung. Wie jedoch v. Hippel⁷³⁾ mit Recht betont hat, kann ein Interesse nicht schon deswegen anerkannt werden, weil es vorhanden ist. Inwieweit es Beachtung finden kann, kann und darf sich vielmehr lediglich nach der jeweiligen Normensituation entscheiden. Damit verbieten sich — was heute überwiegend auch anerkannt ist — alle Vorschläge⁷⁴⁾, die die Rechtsfolgen eines Wahlfehlers nach „freiem politischem Ermessen“ anstatt nach Rechtsgrundsätzen bestimmen wollen.

67) Vgl. Ernst v. Hippel, Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsaktes, Berlin 1924.

68) E. v. Hippel a. a. O., S. 68.

69) a. a. O. S. 70 und 91, Fußnote 341.

70) a. a. O. S. 70, Fußnote 268 und S. 191.

71) a. a. O. S. 52 und 65 ff.

72) Vgl. etwa: Forstthoff, Lehrbuch I, S. 204; Imboden S. 2, 7 und 68 ff. unter Hinweis auf Burckhardt, Methode und System des Rechts, 1936, S. 98; Heinrich Kipp, Die Rechtsfolgen verfassungswidriger Gesetze, Paderborn 1950, S. 95; Koelreuter, Grundfragen des Verwaltungsrechts, Berlin 1955 S. 43 und Werner Weber in AöR N. F. 34, 60 ff.

73) a. a. O. S. 70.

74) Wie sie zum Teil in der älteren Literatur gemacht wurden, vgl. z. B. Hatschek, Parlamentsrecht, S. 503; v. Rönne, S. 261. Näher zu dieser Frage: Schiller S. 3 ff.; vgl. auch die oben § 6 Anm. 27 wiedergegebenen Formulierungen Greeves.

IV. Die Aufgabe

Aufgabe der folgenden Untersuchungen muß es daher sein, zunächst Klarheit über die der Wahl zugrundeliegenden Rechtsideen zu gewinnen. Dazu wird, soweit erforderlich, auf die wesentlichen Elemente der Demokratie einzugehen sein. Es soll zunächst eine Darstellung der Funktionen der Wahl innerhalb eines demokratisch regierten Staates gegeben und danach der Interessenkonflikt aufgezeigt werden, der dem Wahlprüfungsverfahren von jeher zugrunde liegt. Erst dann lassen sich die zu Beginn dieses Hauptteils aufgeworfenen Fragen, wann ein Wahlfehler Rechtsfolgen auslösen muß und welches diese Rechtsfolgen sind, beantworten.

§ 8 Die Funktionen der Wahl

I. Die Organbildungsfunktion

Es ist eine elementare Erkenntnis der allgemeinen Staatslehre, daß kein menschliches Gemeinwesen, die kleine Gemeinde ebenso wenig wie die größeren staatlichen Verbände, als solches handlungs- und funktionsfähig ist. Rechtlich und technisch ist es einfach unmöglich, jede den Verband betreffende Angelegenheit durch die Gesamtheit seiner politisch verantwortlichen Mitglieder regeln zu lassen. Seit urdenklicher Zeit ist deswegen jede menschliche Gemeinschaft auf den Bestand gewisser Institutionen — von der Allgemeinen Staatslehre Organe genannt — angewiesen, die an seiner Stelle handeln. Erst das Bestehen solcher Organe macht einen sozialen Verband handlungsfähig und politisch existent.

Wie im einzelnen derartige Organe entstehen, soll hier nicht untersucht werden. Im Rahmen dieser Arbeit interessiert ihr Zustandekommen nur innerhalb einer demokratischen Staatsform. Dort werden diejenigen, die für einen sozialen Verband handeln sollen, von den politisch entscheidungsbefugten Bürgern in einem streng geregelten Verfahren durch Abstimmung zu Organwaltern berufen¹⁾. Nach Annahme ihrer Wahl bilden die Gewählten in ihrer Gesamtheit ein handlungsfähiges Organ, welches als Repräsentant für den sozialen Verband tätig wird²⁾.

Für die Demokratie erweist sich die Wahl danach als Institution zur Bildung staatlicher Organe³⁾. Ihr kommt die eminent wichtige Aufgabe zu, das als solches handlungsunfähige Gemeinwesen handlungsfähig zu machen.

Diese Erkenntnis besagt gewiß nichts Neues. Für die Beurteilung der Rechtsfolgen eines Wahlfehlers in der parlamentarischen Demokratie ist sie jedoch von großer Bedeutung. Denn in der parlamentarischen Demokratie, wie sie den gegenwärtigen westdeutschen Verfassungen zugrundeliegt, leiten

1) Damit ist zugleich die Wahl begrifflich umrissen; vgl. Braunias II, S. 1 und Westerath S. 3.

2) Die Problematik der Repräsentation und der daran anknüpfende Theorienstreit kann im Rahmen dieser Arbeit nicht behandelt werden. Eine übersichtliche Darstellung findet sich bei Kind S. 37 ff.

3) Vgl. auch OVG Koblenz in AS Rh-Pf 2, 242: „Die Wahl zur Gemeindevertretung dient als ein das Gemeindeverfassungsleben . . . ursprünglich betreffender Gesamtwillensakt . . . der Bildung politischer Willensorgane“.

sich nicht nur ein, sondern nahezu alle staatlichen Organe aus der Wahl ab⁴⁾). Das vom Volke gewählte Organ bestimmt seinerseits wieder diejenigen Personen, die die eigentlichen Regierungsgeschäfte wahrnehmen. Die Gemeindevertretung wählt den Bürgermeister, die Stadtverordnetenversammlung den Magistrat, der Kreistag den Landrat und so fort bis zur Wahl des Bundeskanzlers durch den Bundestag und des Bundespräsidenten durch die Bundesversammlung. Im Gegensatz zu den Wahlen in einer konstitutionellen Monarchie kommt den Wahlen in der parlamentarischen Demokratie mithin eine staatsnotwendige, die Staatsgewalt erst bildende Aufgabe zu.

II. Die demokratische Funktion

Für die Demokratie erschöpft sich aber die Bedeutung der Wahl keineswegs in der Organbildung. Die Wahl ist dort nicht nur Mittel zum Zweck, der einzelne Wähler nicht nur — wie Laband⁵⁾ meinte — Willensbildungsmittel des Staates⁶⁾). In der Demokratie dient die Wahl vielmehr mindestens ebenso sehr auch der Verwirklichung des Gedankens der Volkssouveränität. Denn dort ist das Volk Träger aller staatlichen Gewalt. Es ist Inhaber der höchsten politischen Macht und anerkanntermaßen auch das höchste Staatsorgan⁷⁾). Als solchem steht ihm die erste und letzte Entscheidung im Staate zu⁸⁾).

Obwohl nach der Verfassung Träger aller staatlichen Gewalt, wird das Volk aber — von hier nicht interessierenden Ausnahmen abgesehen — in der modernen parlamentarischen Demokratie an der staatlichen Willensbildung unmittelbar nur noch insofern beteiligt, als es durch Wahlen ein ihm genehmes Vertretungsorgan benennen kann. Die Ausübung der ihm zustehenden Staatsgewalt beschränkt sich damit faktisch auf die Einflußnahme in die Besetzung eines staatlichen Organs. Daß damit der Gedanke der Volkssouveränität an Glanz verliert, und das politische Recht zum Stimmrecht abgeschwächt wird, ist schlechterdings nicht zu übersehen. In diesem Zusammenhang ist es erwähnenswert, daß gerade aus der Schweiz, dem Lande der unmittelbaren Demokratie, Stimmen kommen, die die parlamentarische Wahl als eine Äußerungsform der Volkssouveränität nicht anerkennen wollen. Einige Schweizer Autoren sehen in der Wahl überhaupt nur ein „technisches Mittel der Behördenstellung“⁹⁾. Weniger kraß sprechen andere von der

4) Vgl. Affolter S. 91; Hamman, Kommentar S. 36.

5) Laband, Staatsrecht, Bd. I S. 331 meinte, das Wahlrecht diene weit weniger dem Interesse des Einzelnen, als vielmehr der Sicherung, daß der Reichstag als ein für den Staat wesentliches Organ auch wirklich gebildet werde. Einen ähnlichen Standpunkt für das Schweizer Recht vertritt Cellier S. 93. Er sieht in der Wahl lediglich eine staatliche Funktion. Konsequenz dieser rein funktionalistischen Auffassung ist — wie Greeve auf S. 91 treffend bemerkt — eine mit Zwangsmitteln durchsetzbare Wahlpflicht.

6) Vgl. auch Affolter S. 103.

7) Vgl. Kind S. 34 und die dort in Fußnote 144 angeführten Nachweise.

8) Eingehend hierzu Kind S. 10, 17 ff., 24 und 34; vgl. ferner Affolter S. 60 ff. Das staatliche „Zuhöchstsein“ darf allerdings nicht zu der Annahme verleiten, das Volk sei in seiner Eigenschaft als Souverän an keine Werte gebunden, vgl. in diesem Zusammenhang Kägi „Rechtsstaat und Demokratie“ in der Festschrift für Z. Giacometti, Zürich, 1953, S. 107 ff.

9) So Hans Huber, zitiert bei Affolter S. 62, Fußnote 228; ebenso auch Fritz Kuhne, „Das Problem der Delegation von Kompetenzen der Staatsorgane“, Züricher Diss. 1941, S. 185.

repräsentativen Demokratie als der „minimalsten Kompetenz des Volkes“¹⁰⁾ oder als „kaum erst einem leisen Anflug von Demokratie“¹¹⁾. Dem ist zuzugeben, daß die Idee der Volkssouveränität durch das repräsentative System ihre empfindlichste Einschränkung findet¹²⁾. Sie erstarrt nach der Verfassungswirklichkeit weitgehend zur rechtsideellen Grundsatzerklärung¹³⁾, zu einer rein gedanklichen Erscheinung, über die auch die im Anschluß an Carl Schmitt sehr verbreitete These von der Identität der Regierten mit den Regierenden nicht hinweghelfen kann¹⁴⁾. Wie nun aber einmal an der Tatsache nicht vorbeizugehen ist, daß sich nach der heutigen sozialen Wirklichkeit der Gedanke der Demokratie auf anderem Wege als durch das repräsentative System nicht mehr verwirklichen läßt, so darf andererseits auch nicht übersehen werden, daß gerade dem repräsentativen System spezifische rechtsstaatliche Garantien eigen sind¹⁵⁾. Trotzdem kommt den Wahlen gerade aus den erwähnten Gründen so entscheidende Bedeutung zu. Sie sind nicht nur — wie das Bundesverfassungsgericht¹⁶⁾ einmal erklärt hat — „ursprünglichste und wichtigste Äußerungsform der repräsentativen Demokratie überhaupt“, sondern nach der gegenwärtigen Verfassungslage der einzige Weg, auf dem das Volk die von ihm „getragene“ staatliche Gewalt auch ausüben kann¹⁷⁾. Gerade wegen der beschränkten Kompetenzen des Volkes und gerade weil das Volk als höchstes Staatsorgan insoweit ursprüngliche Staatsgewalt ausübt, muß sein bei der Wahl zum Ausdruck gebrachter Wille unter allen Umständen beachtet werden. Diese Forderung ergibt sich umgekehrt

10) So Affolter S. 46 und Müller S. 26.

11) Cellier S. 20.

12) Vgl. Kelsen, Demokratie, S. 25 und Meisser S. 44/45. Rousseau lehnt bekanntlich im Contrat Social, III. Buch, Kap. 15, das repräsentative System als mit dem Gedanken der Freiheit unvereinbar ab. Für ihn ist jedes Gesetz, das nicht vom Volke in Person bestätigt wird, nichtig. Interessant sind die Angriffe Rousseaus gegen das parlamentarische Prinzip in England: „Das englische Volk wähnt frei zu sein, es täuscht sich außerordentlich. Nur während der Wahlen der Parlamentsmitglieder ist es wirklich frei; nach Schluß derselben lebt es in Knechtschaft, ist es nichts“.

13) So v. Mangoldt-Klein, Erl. V 5 zu Art. 20 GG; vgl. in diesem Zusammenhang auch die Betrachtungen von Thieme zu dem Thema, Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus“ in JZ 1955, 657 ff.

14) Vgl. Carl Schmitt, Verfassungslehre, S. 204 ff. und S. 234; ebenso auch Kind S. 26 und Westerath S. 7. Gegen das Identitätsdenken Carl Schmitts ist schon vom Juristischen mancherlei einzuwenden. Einmal dies, daß das herrschaftsberechtigte Volk keineswegs identisch ist mit dem der Herrschaft unterworfenen Volk (vgl. Meisser, S. 32/33; Kelsen, Demokratie S. 23) und zum anderen, daß es eine reine Fiktion ist, anzunehmen, die Abgeordneten verkörperten stets nur den Willen ihrer Wähler (vgl. Stier-Somlo in HdbDtStR I, S. 384). Meinungsverschiedenheiten, lebendige Auseinandersetzung und Kompromisse sind geradezu ein Wesenselement der Demokratie. Was aber noch weit eher gegen die Vorstellung von der Identität der Regierten mit den Regierenden angeführt werden kann, sind die im Grunde antidemokratischen Konsequenzen dieser These. Wenn die Führung mit der breiten Masse immer einig geht, dann ist die Prozedur des Wählens eigentlich überflüssig; vgl. zum Ganzen näher Peter Schneider unten Anm. 15.

15) Dazu näher Peter Schneider, Prinzipien des totalitären Staats- und Rechtsdenkens, a. a. O. S. 15 ff., bes. S. 16/17.

16) BVerfG 3, 26 unten.

17) Erwähnenswert sind in diesem Zusammenhang die Atombefragungsurteile in BVerfG 8, 104 ff. Das BVerfG hat dort die Volksbefragungsgesetze von Hamburg, Bremen und Hessen für verfassungswidrig erklärt mit der Begründung, sie ermöglichten dem Volk eine in der Verfassung nicht vorgesehene Form der Ausübung von Staatsgewalt. Weitergehend wollen Maunz-Dürig Rand Nr. 54 zu Art. 20 aus Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG ableiten, daß dem Volk außer bei Wahlen und Abstimmungen ein organschaftliches Handeln überhaupt verboten sei. Das Prinzip der Volkssouveränität erhält damit Einschränkungen, die seinem verfassungsrechtlichen Grundgehalt schwerlich entsprechen dürften.

auch aus der Überlegung, daß es den Trägern der staatlichen Gewalt ohne ihre dahingehende Willensentscheidung nicht zugemutet werden kann, sich den Beschlüssen der Regierenden zu unterwerfen¹⁸⁾. In der Demokratie geht die Zustimmung der Regierten stets der Machtausübung voraus; im Gegensatz zur antidemokratischen Obrigkeit, die regelmäßig auch ein gewisses Maß an Zustimmung findet, beruht die Macht der Regierenden dort nur auf dem Willen und dem Vertrauen der Gewaltunterworfenen¹⁹⁾.

III. *Das Spannungsverhältnis*

Verfassungsrechtlich erfüllt die demokratische Wahl mithin eine doppelte Funktion. Ihre Aufgabe ist einmal, die für die Handlungsfähigkeit eines sozialen Verbandes unbedingt notwendigen Organe zu schaffen; zum anderen dient die Wahl aber auch der Verwirklichung der Idee der Volkssouveränität. Aus dieser Doppelfunktion ergibt sich das eigentliche Problem des materiellen Wahlprüfungsrechts: In welchem Verhältnis stehen die beiden Funktionen zueinander? Wie müssen sie abgegrenzt werden? Es hat den Anschein, als ob die Wahlfunktionen sich nur dann sinnvoll ergänzten, wenn im gesamten Wahlakt ein Fehler nicht vorgekommen ist. Nur dann scheint es gelungen zu sein, ohne Beeinträchtigung des Volkswillens ein staatsnotwendiges Organ zu schaffen. Ist dagegen ein Fehler vorgekommen, was — wie dargestellt — als Regelfall anzusehen ist, dann besteht zwischen beiden Funktionen ein gewisses Spannungsverhältnis. Jede Funktion tendiert dann zu einer anderen Rechtsfolge. Während die Organfunktion ihrem Wesen nach danach strebt, ein einmal geschaffenes Organ (und damit auch die Wahl) aufrecht zu erhalten, scheint das Prinzip der Volkssouveränität danach zu drängen, nur dem unverfälscht zum Ausdruck gekommenen Volkswillen und nur einem solchen Organ Anerkennung zuzusprechen, das aus einem fehlerfreien Wahlakt hervorgegangen ist. Jede Verletzung oder Beeinträchtigung des in der Wahl zum Ausdruck gekommenen Volkswillens tendiert deshalb zur Ungültigkeitserklärung.

Hier die richtige Abgrenzung zu finden, kann letztlich nur auf eine Güterabwägung, nämlich auf die Frage hinauslaufen, welcher der beiden Funktionen das stärkere verfassungsrechtliche Gewicht zukommt. Nach der im vorangegangenen Paragraphen zugrundegelegten teleologischen Methode schließt das indessen nicht aus, unabhängig vom rechtlichen Gewicht der beiden Funktionen die für und wider streitenden praktischen Gesichtspunkte mitzuberücksichtigen. Sie sollen im folgenden kurz aufgezeigt werden.

¹⁸⁾ Vgl. Kind S. 26.

¹⁹⁾ Vgl. Hermes in DÖV 1953, 133. Der französische Abgeordnete Malouet hat dies in der Sitzung des dritten Strandes vom 8. 6. 1789 mit folgenden Worten zum Ausdruck gebracht: „La volonté des constituants, légalement annoncée, étant la véritable et l'unique puissance de leur représentants“, Zitat nach Hatschek, Parlamentsrecht, S. 407 unten.

§ 9 Der Interessenkonflikt

I. Die Interessen an der Kassation

Daß der in seinem Wahlrecht beeinträchtigte Wähler und mehr noch die bei der Wahl unterlegene Partei oder Wählergruppe ein starkes Interesse an der Ungültigkeitserklärung und Wiederholung einer fehlerhaften Wahl haben, braucht eigentlich kaum erwähnt zu werden. Erfahrungsgemäß gehen fast alle Wahlanfechtungen von der unterlegenen Partei oder von solchen Wählern aus, die sich in ihrem Individualrecht verletzt fühlen. Aber auch das Staatsganze, die Gemeinschaft, besitzt ein Interesse daran, daß der Gedanke der Demokratie in den Wahlen unbeeinträchtigt seine Verwirklichung findet¹⁾.

II. Die Interessen an der Aufrechterhaltung

Andererseits sprechen eine ganze Reihe von Gesichtspunkten für die Aufrechterhaltung einer fehlerhaften Wahl.

1. Gerade weil die Wahl handlungsfähige Organe erst hervorbringen soll, und diese Organe für die Existenz eines Gemeinwesens nicht hinweggedacht werden können, muß es das Bestreben des materiellen Wahlprüfungsrechts sein, eine einmal zustandegekommene Wahl nach Möglichkeit bestehen zu lassen. Es wird regelmäßig wünschenswert erscheinen, das aus der Wahl hervorgegangene Organ für seine ohnehin begrenzte Amtsperiode beizubehalten, denn im Gegensatz zum absolutistischen Staat, wo der Fürst oder die Dynastie dem Volk jede Sorge um seine politische Handlungsfähigkeit abnahm, bereitet die Begründung handlungsfähiger Organe in der Demokratie stets neue Schwierigkeiten. Dort ist das Volk immer von neuem vor die Aufgabe gestellt, sein wichtigstes Organ, die Volksvertretung, in einem komplizierten Verfahren zu berufen, einem Verfahren, das nicht nur relativ kostspielig²⁾ ist, sondern auch einen erheblichen bürokratischen Aufwand erfordert. Es gilt, die Wahlberechtigten zu erfassen, Wählerlisten auf-

1) Aus diesem Grunde räumen die modernen Wahlprüfungsgesetze ein Einspruchsrecht auch dem Wähler ein, der in seinem individuellen Recht nicht verletzt ist, ein Fall der unserem Rechtssystem sonst fremden Popularklage, vgl. in diesem Zusammenhang VGH Stuttgart in ESVGH 7, 99 f.; OVG Münster in DOV 1959, 457 f. und VGH München in VGHE N. F. 10, 99, wo das Wahlanfechtungsrecht auch dem Wähler zuerkannt wird, der sich an der Abstimmung gar nicht beteiligt hat und später von der fraglichen Gemeinde fortgezogen ist. Im ersten Deutschen Reichstag waren diese Fragen noch sehr umstritten, vgl. Hatschek, Dr. und Preuß. Staatsrecht, Bd. I, S. 456 f.

2) Die amtlichen Aufwendungen der Reichstagswahl vom 14. 9. 1930 betrugen z. B. 2,9 Millionen RM (vgl. Braunias II, S. 291). Demgegenüber sind die Kosten einer Bundestagswahl mit durchschnittlich 4,5 Millionen DM (vgl. Seifert, BWG 56, S. 220 oben) noch wesentlich gestiegen. Genaue Angaben über die tatsächlichen Unkosten sind infolge eines komplizierten Verteilungsschlüssels zwischen Bund (früher Reich), Ländern und Gemeinden leider nicht zu bekommen, u. a. schon deswegen nicht, weil viele Ausgaben nicht besonders ausgewiesen werden (vgl. zu diesen Fragen Braunias II, S. 289 ff. und als Beispiel für die heutige Regelung: § 51 des BWG vom 7. 5. 1956, BGBl. I, S. 383). Wesentlich höher als die amtlichen Aufwendungen sind die von den Parteien im Wahlkampf ausgegebenen Mittel. Hierüber lassen sich Angaben so gut wie überhaupt nicht machen. Nach Braunias II, S. 293 soll allein die SPD bei der Reichstagswahl von 1930 5,5 Millionen RM ausgegeben haben. Für die Bundestagswahl von 1961 hat die FDP nach einer Erklärung ihres Vorsitzenden Dr. Mende vom 6. 5. 1962 9 Millionen DM aufgewandt; zur Finanzierung des Wahlkampfes vgl. auch Stephanie Münke in Band 1 der Schriftenreihe des Instituts für politische Wissenschaften Berlin, Berlin (1952), S. 96 ff.

zustellen und auszulegen, Wahlscheine zu verschicken, Einsprüche zu bearbeiten und die eingereichten Wahlvorschläge auf ihre Zulässigkeit und Richtigkeit hin zu überprüfen³⁾). Später müssen der Abstimmungsvorgang überwacht und die Stimmzettel ausgewertet und überprüft werden.

2. Neben diesem Mehr an verwaltungsmäßiger Arbeit läßt jede Wahl immer wieder von neuem die politischen Leidenschaften entbrennen. Schon Monate vor der eigentlichen Wahlhandlung werden die Spitzenfunktionäre eines sozialen Verbandes in den Strudel des Wahlkampfes hineingezogen. Dadurch werden wichtige Staatsgeschäfte vernachlässigt. Feindschaften und Gegensätze werden enthüllt. Der Kampf um die Gunst der Wähler überschreitet mitunter jedes Maß, er wird bis zur Geschmacklosigkeit geführt.

Ist so unter vielen Mühen und Kosten einmal ein Organ geschaffen worden, so ist es ein ganz natürliches Bestreben, wenn man dasselbe nicht wegen jeder Regelwidrigkeit wieder beseitigt sehen möchte. Denn mehr noch als die Begründung bringt die Aufhebung einer einmal vollzogenen Wahl immer ein erhebliches Maß an politischer Unsicherheit mit sich. Die eben beruhigten Leidenschaften brechen wieder auf, das komplizierte Verfahren muß sich noch einmal vollziehen, und es ist noch nicht einmal sicher, ob sich nicht bei der Wiederholungswahl an anderer Stelle ein neuer Fehler einschleicht. Hinzu kommt, daß es im parlamentarischen Bereich weitgehend an gesetzlichen Regeln darüber fehlt, wie bis zur Konstituierung der neu zu wählenden Volksvertretung zu verfahren ist⁴⁾). Wie dort eine dringend erforderliche Gesetzesverabschiedung bewerkstelligt werden soll, wenn es an dem hierzu von der Verfassung berufenen Organ fehlt, das ist nur eine der Fragen, die sich bei der Aufhebung einer einmal zustande gekommenen Wahl zwangsläufig stellt⁵⁾).

3. Und noch ein weiteres muß bedacht werden: Die Anordnung einer Wiederholungswahl bietet nicht unbedingt die Gewähr, daß der beeinträchtigte Volkswille nun auch so ermittelt wird, wie er sich ohne den Fehler ergeben hätte. Zunächst wird sich vielfach eine gewisse Wahlmüdigkeit bemerkbar machen. Ferner werden sich manche Wähler vom Ausgang der für ungültig erklärten Wahl beeindruckt zeigen, und — sei es aus Resignation oder „um das Zünglein an der Waage zu spielen“ — bei der Wiederholungswahl anders stimmen als sie das früher getan haben. Auch können sich die tatsächlichen Voraussetzungen für eine Stimmabgabe in bestimmter Richtung

3) Welche Schwierigkeiten sich hierbei ergeben können, zumal die vorbereitende Tätigkeit wegen der feststehenden Wahltermine stark unter Zeitdruck steht, hat Nass S. 48 ff. ausführlich dargetan.

4) Solche Regeln zu schaffen, ist offenbar deshalb versäumt worden, weil es bisher in der Geschichte der Wahlprüfung nur dreimal vorgekommen ist, daß eine Parlamentswahl samt und sonders für ungültig erklärt wurde. Jedesmal ging es dabei um einzelne, nachträglich für verfassungswidrig erklärte Wahlrechtsbestimmungen (vgl. die bei Jellinek, AöR N. F. 15, 99 ff. geschilderten Vorfälle sowie die Entscheidung des RStGH in RGZ 123, Anh. S. 13 ff. betr. die sächs. Landtagswahlen vom 31. 10. 1926). Die Reichstagswahlen zum ersten Deutschen Reichstag und unter der Weimarer Verfassung sind dagegen durch einen Wahlfehler in ihrer Gesamtheit niemals erschüttert worden, vgl. Ball S. 165 f. und Kaisenberg in HdbDtStR I, 406.

geändert haben; es können sich z. B. wichtige politische Ereignisse ergeben haben, die zu einem völligen Umschwung der Wählergesinnung führen⁵⁾. Bis zu einem gewissen Grade wird schließlich die von der gewählten Mehrheit bis zur Ungültigkeitserklärung eingeschlagene Politik von Bedeutung sein. Wenn damit der Wert einer Wiederholungswahl auch nicht generell geleugnet werden soll, so zeigen doch die angeführten Gesichtspunkte, daß sich allein durch die Abhaltung einer neuen Wahl keineswegs das „richtige“ Wahlergebnis herauszukristallisieren braucht.

III. Das Postulat

Anders als die Aufhebung eines fehlerhaften Verwaltungsaktes bedeutet die Ungültigerklärung einer fehlerhaften Wahl für die Gemeinschaft immer eine besonders mißliche Konsequenz. Die mit ihr verbundenen politischen, wirtschaftlichen und verfassungsrechtlichen Schwierigkeiten betreffen nicht nur den einzelnen, sondern weite Kreise des Volkes. Sie sind um so größer, je bedeutungsvoller eine Wahl für das demokratische Verfassungsleben ist. Berücksichtigt man dazu noch die zuletzt angedeuteten Fragwürdigkeiten einer Wiederholungswahl überhaupt, dann läßt sich von der Interessenlage her gesehen sicherlich sagen, daß die Ungültigerklärung einer Wahl, wenn irgend möglich, vermieden werden sollte.

§ 10 Die Grundregel des materiellen Wahlprüfungsrechts

Nachdem im Vorangegangenen die wichtigsten tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen für die Betrachtung unseres Problems dargestellt worden sind, kann nunmehr an eine Lösung des sich aus der Organbildungsfunktion einerseits und dem demokratischen Prinzip andererseits ergebenden Konfliktes herangegangen werden. Will man die geschilderte Antinomie nicht von vornherein für unlösbar erklären, dann läuft die Problemstellung darauf hinaus, herauszufinden, welcher der beiden Funktionen im Konfliktfalle der Vorrang gebührt. Gedanklich bieten sich für eine Abgrenzung in diesem Sinne zwei Möglichkeiten: Es kann zunächst untersucht werden, ob den widerstrebenden Funktionen innerhalb der Normenhierarchie formal ein unterschiedlicher Rang zukommt etwa derart, daß die eine nur als politisches Zweckmäßigkeitserfordernis, die andere dagegen als ein unmittelbares Postulat der Verfassung zu kennzeichnen wäre. In diesem Falle wäre die Lösung einfach: die Funktion der niederen Ordnung hätte im Konfliktfalle hinter die höherrangige zurückzutreten. Sollte sich hingegen herausstellen,

5) Die Problematik kann hier nicht gelöst werden. Auf dem Gebiete der Kommunalwahlen besteht sie regelmäßig nicht, weil in den Gemeindeordnungen für die Zeit bis zum Zusammentritt der neuen Vertretung die Einsetzung eines staatlichen Kommissars vorgesehen ist, vgl. z. B. § 141 der Hess. Gemeindeordnung i. d. F. vom 1. 7. 1960 (GVBl. S. 103).

6) Man denke etwa an eine Wahl unmittelbar nach der Ungarnkrise vom Herbst 1956. Viele Gegner der Politik der Stärke hätten unter dem unmittelbaren Eindruck der Ereignisse damals sicherlich anders gewählt als im Herbst 1957. Ähnliche Erwägungen beim Württ.-Bad. VGH in ESVGHE 9, 94.

daß aus einer formalen Gegenüberstellung allein keine Lösung zu gewinnen ist, dann müßten die Funktionen auf ihre materielle Wichtigkeit untersucht werden.

I. Das formale Rangverhältnis

Soweit die Wahl der Verwirklichung der Volkssouveränität dient, erfüllt sie zweifellos eine von der Verfassung unmittelbar geschützte Funktion. Das Prinzip der Volkssouveränität ist der oberste Grundsatz jedes demokratischen Staates, das den Bürgern dieses Staates zur Ausübung der Volkssouveränität zuerkannte Wahlrecht das wohl bedeutendste staatsbürgerliche Grundrecht überhaupt¹⁾. Ebenso wie das Wahlrecht ist auch der Volkssouveränitätssatz wenigstens insoweit Bestandteil der materiellen Verfassung, als das Volk Staatsgewalt tatsächlich auch ausüben kann. Der Satz, daß alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht, gewinnt insoweit über seinen rechtsideellen Charakter hinaus eine spezifisch juristische Bedeutung²⁾. Demzufolge muß das sich in der Wahl verwirklichende demokratische Prinzip als eine Verfassungsforderung ersten Ranges angesehen werden.

Aus der Existenznotwendigkeit eines Organs für die politische Handlungsfähigkeit eines Staates ergibt sich — ohne daß dies in der Verfassung expressis verbis niedergelegt sein müßte — ebenfalls als verfassungsrechtliche Forderung die Forderung nach dem Bestand eines Organes. Die Notwendigkeit eines an Stelle des Volkes handelnden Vertreterorganes folgt nicht nur aus dem Wesen der repräsentativen Demokratie, sie ist sogar ihr wichtigstes Postulat. Erst die tagtägliche Gegenwartigkeit einer in sich handlungs- und funktionsfähigen Volksvertretung ermöglicht ja dem Volke die wirksame Einflußnahme auf den Prozeß der staatlichen Willensbildung³⁾. Ohne den Bestand eines funktionsfähigen Vertreterorganes hätte das Volk überhaupt keine Mitwirkungsbefugnisse⁴⁾. Daß die demokratische Wahl ein nach seinen Mehrheitsverhältnissen arbeitsfähiges Vertretungsorgan hervorbringen muß, ist deswegen nicht nur ein „wichtiger staatspolitischer Zweck“, wie das oft zur Rechtfertigung wahlgesetzlicher Sperrklauseln und Unterschriften-

1) Obwohl dem Wortlaut der Art. 28 Abs. 1 Satz 2, 38 Abs. 1 Satz 1 GG nach mehr als eine verfassungsmäßige Institution erscheinend, wird das Wahlrecht ganz überwiegend als ein grundrechtähnliches, z. T. aber auch als echtes Grundrecht bezeichnet, vgl. etwa: v. Mangoldt-Klein S. 60 u. S. 877, Seifert, BWG 56 S. 26, Forsthoef in AöR 76, 372; Carl Schmidt, Verfassungslehre S. 168; Anschütz S. 449; Ule in DVBl. 1949, 333 ff. und aus der Rechtsprechung: BVerfG. 1, 242; 4, 30; Bayer. VerfGH in DOV 1952, 438 u. OVG Koblenz in AS Rh-Pf. 2, 191.

2) Ebenso Affolter S. 51 f.

3) Vgl. Westerath S. 8 und S. 18 unter III).

4) Zum Inhalt der demokratischen Mitwirkungsbefugnisse siehe unten § 16.

5) Vgl. etwa Seifert, BWG 56 S. 34, wo von „wichtigen staatspolitischen Zwecken“ die Rede ist; ferner die Dissertation von Gerhard Lorentzen, „Möglichkeiten der Bekämpfung von Splitterparteien durch das Reichstags- und Landtagswahlrecht“, Marburg 1931, wo auf S. 36 von einer „staatspolitischen Notwendigkeit“ gesprochen wird. Heller „Die Gleichheit der Verhältniswahl nach der Weimarer Verfassung“, 1929, spricht auf S. 17 vom „inneren Zweck der betreffenden Lebensverhältnisse“. BVerfG 3, 27 hält Sperrklauseln bis zu 5 % „aus der Natur der Sache“ für gerechtfertigt, und in BVerfG 1, 247 ff. heißt es schließlich, Sperrklauseln seien erforderlich, um den Staat „mit einem Parlament zu versehen, das nach seinen Mehrheitsverhältnissen fähig ist, eine Regierung zu bilden und sachliche gesetzgeberische Arbeit zu leisten“. Kritisch zu derartig nicht-rechtlichen, staatspolitischen Erwägungen Westerath S. 5, 8, Fußnote 3 und 13, Fußnote 6.

quoten behauptet wird⁶⁾), sondern unmittelbar eine Forderung der repräsentativen Verfassung⁶⁾).

In Bezug auf ihren formalrechtlichen Charakter haben danach also sowohl die Organbildungs- als auch die demokratische Funktion unmittelbaren Verfassungsrang. Da sie beide ein Postulat der repräsentativen Demokratie sind, läßt sich der geschilderte Konflikt allein aus der Form nicht lösen. Bei der Entscheidung muß deswegen auf das sachliche Gewicht abgestellt werden.

II. Das materiale Gewicht

Untersucht man die Funktionen der Wahl auf ihren materialen Gehalt, dann kann kein Zweifel bestehen, daß der demokratischen Funktion gegenüber dem Bedürfnis nach Fortbestand eines einmal gebildeten Organes der Vorrang gebührt. Hinlänglich bewiesen wird dies bereits durch die periodische Wiederkehr der Wahl: selbst dort, wo das Vertreterorgan an sich vollkommen dem Wählerwillen entspricht, müssen zufolge des Grundsatzes der Volkssouveränität in angemessenen Zeitabständen immer wieder Neuwahlen abgehalten werden⁷⁾. Das Bedürfnis nach Beibehaltung der bestehenden Organe muß also gegenüber der Befugnis des Volkes zur Selbstbestimmung grundsätzlich zurücktreten.

Gilt dieses Verhältnis aber schon dann, wenn das bestehende Organ den bei der Wahl geäußerten Willen richtig wiedergibt, dann muß es erst recht gelten, wenn rechtswidrig in die Willensäußerung der Wähler eingegriffen wurde. Die Notwendigkeit, ein einmal gebildetes Organ beizubehalten, besteht als Postulat der repräsentativen Verfassung zwar auch dann noch. Stärker als diese Notwendigkeit ist aber das Gebot, daß der in der Wahl sich äussernde Wille des Volkes richtig ermittelt und in keiner Weise verfälscht wird. Die Gewaltenverhältnisse innerhalb eines demokratischen Staates würden in ihr Gegenteil verkehrt, wenn die Notwendigkeit der Machtausübung über die Wählerentscheidung gestellt würde. Denn in der parlamentarischen Demokratie sind die Abgeordneten eben nur Vertreter des Volkes. Nicht ihre Machtbefugnisse bilden dort die primäre Gewalt, sondern die dem Volk ursprünglich zustehende Befugnis zur Selbstbestimmung⁸⁾. Die Gewalt der Volksvertretung ist ungeachtet der sachlichen Unabhängigkeit des einzelnen Abgeordneten nur eine abgeleitete, abgeleitet insofern, als die Möglichkeit, die in der Verfassung festgelegten Befugnisse eines Abgeordneten wahrzunehmen, erst durch einen dahingehenden Willensakt des Volkes

6) Vgl. Westerath S. 5, 18 und S. 70 unter D). Westerath leitet dieses Ergebnis unmittelbar aus dem Begriff der Demokratie ab, indem er neben die Ideen der Freiheit und Gleichheit die der Sozialität (Brüderlichkeit) stellt und auf die Gemeinschaftsbezogenheit der einzelnen Wahlrechtsgrundsätze verweist.

7) Die periodische Einberufung der Volksversammlung wurde schon von Rousseau als ein unabdingbares Element der Demokratie bezeichnet, vgl. „Contrat social“, III. Buch, Kp. 13. Die Frage war im Zusammenhang mit der Zulässigkeit einer Verlängerung der Legislaturperiode durch Gesetz wiederholt Gegenstand der verfassungsgerichtlichen Entscheidung, vgl. unten § 16 Anm. 25.

8) Vgl. Kind S. 46; ferner Maunz-Dürig, Rand Nr. 3 zu Art. 38 GG, wo von einem „demokratisch begründeten Primat des Volkes gegenüber der Volksvertretung“ die Rede ist. Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, spricht auf S. 566 und 584 ff. vom Volk als dem primären und von seiner Vertretung als einem sekundären Organ.

begründet wird⁹⁾). Gerade weil die Machtbefugnisse der Volksvertreter ihre Legitimation nur in einer unverfälscht zum Ausdruck gebrachten Willensentscheidung des Volkes finden können, muß im Konfliktsfalle trotz der formalen Gleichrangigkeit der beiden Funktionen dem demokratischen Prinzip das stärkere Gewicht beigemessen werden¹⁰⁾.

III. Die Lösung aus dem Mehrheitsprinzip

Mit der vorstehenden Feststellung ist nun aber noch nicht gesagt, daß jede Beeinträchtigung des Wählerwillens rechtliche Sanktionen auslösen muß. Es ist vielmehr zu untersuchen, ob sich nicht auch bei einem fehlerhaften Wahlverfahren die Möglichkeit einer Synthese zwischen den beiden Funktionen ergeben kann, der Fall nämlich, wo trotz eines Wahlfehlers das demokratische Prinzip in Wirklichkeit nicht verletzt ist. Andererseits sollte auch die Interessensituation nicht ganz außer acht gelassen werden. Wenn auch der Seitenblick auf die nachteiligen Folgen einer Kassation nicht dazu führen darf, wie Piccenoni¹¹⁾ zu sagen, es sei „immer noch wichtiger, daß staatliche Organe überhaupt gebildet seien, als daß sie richtig gebildet seien“, so ist doch nach der hier eingeschlagenen teleologischen Methode eine Berücksichtigung der Interessenslage so lange möglich, als die der Wahl zugrunde liegende „Normidee“ eine Rücksichtnahme nicht verbietet¹²⁾. Da „Normidee“ der Wahl nun aber nichts anderes ist als die Verwirklichung des demokratischen Prinzips, läßt sich der erstrebte Ausgleich nur gewinnen, wenn man danach fragt, wann eigentlich das demokratische bzw. wann das Prinzip der Volkssouveränität verletzt ist.

Volkssouveränität bedeutet nur ideell die Herrschaft aller über alle. Vollkommen läßt sich der Gedanke der Volkssouveränität schon deswegen nicht verwirklichen, weil nirgendwo die Aktivbürgerschaft mit den Normunterworfenen identisch ist. Wer nicht fähig ist, seine eigenen Angelegenheiten zu ordnen, wird schwerlich die allgemeinen Angelegenheiten gestalten können. Daher müssen für das Recht, am politischen Geschehen mitzuwirken, notwendig altersmäßige und die geistigen Fähigkeiten betreffende Schranken aufgestellt werden¹³⁾.

Eine noch wesentlich tiefgreifendere Einschränkung erfährt die Idee der Volkssouveränität aber durch das Mehrheitsprinzip. Mag man dieses nun aus der Forderung nach weitestmöglicher Gleichheit¹⁴⁾, aus der Idee der Frei-

9) Dieser Gesichtspunkt wird übersehen, wenn bei Maunz-Dürig, Rand Nr. 1 zu Art. 38 GG, davon die Rede ist, daß im Verhältnis von Volksvertretung zum Volk keine Delegation vorliege, daß sich die Rechte der Vertretung vielmehr unmittelbar aus der Verfassung ergäben.

10) Im Ergebnis ebenso, allerdings ohne Begründung, Maunz-Dürig, Rand Nr. 25 zu Art. 41 GG.

11) Piccenoni S. 138 und S. 150 oben. Ähnlich heißt es bei Greeve S. 72, es sei oft nicht so wichtig, daß die Wahl in jeder Beziehung unangreifbar vollzogen werde, wichtiger sei vielfach die Beibehaltung der einmal erzielten politischen Befriedigung.

12) Vgl. oben § 7 III 3 am Ende.

13) Vgl. dazu Nawiasky S. 224; Kelsen, Demokratie, S. 17 ff. und Meisser S. 32/33. Zum Gegensatz zwischen ideeller Trägerschaft und Ausübung der Volkssouveränität vgl. auch v. Mangoldt-Klein, Erl. V 1 c und d zu Art. 20 GG.

14) So Müller S. 23: „Die Minderheit hat sich zu fügen, gerade weil alle stimmbfähigen Bürger gleichberechtigt sind“; ebenso Affolter S. 87.

heit¹⁵⁾, oder einfach aus einer tiefen gemeinsamen Überzeugung und dem Willen zur Gemeinschaft ableiten¹⁶⁾, fest steht jedenfalls, daß eine demokratische Willensbildung ohne den Mehrheitsgrundsatz nicht möglich ist¹⁷⁾. Da sich die Idealform, ein einheitlicher Wille aller, in Einzelfragen erfahrungsgemäß nur selten erzielen läßt, einigt man sich in der Grundfrage, daß bei Meinungsverschiedenheiten die Mehrheit entscheidet. Die Unterwerfung der Minderheit unter den Willen der Mehrheit ist damit zu einem Wesenselement der Demokratie geworden¹⁸⁾ 19). Sie gilt im Prinzip für alle Bereiche der politischen Willensbildung. Für die Wahl besteht eine Besonderheit insofern, als dort das demokratische Prinzip nicht im Sinne von Maßgeblichkeit des Willens der meisten Aktivbürger verstanden werden muß, sondern lediglich in dem Sinne, daß die Mehrheit derjenigen entscheidet, die von ihrem politischen Recht Gebrauch machen²⁰⁾.

Für unser Problem ergibt sich aus dieser Erkenntnis eine sehr wesentliche Folgerung: Wenn juristisch der Volkswille nur als Mehrheitswille relevant ist²¹⁾, dann kann auch das Prinzip der Volkssouveränität nur verletzt sein, wenn der Wille der Mehrheit der zur Abstimmung erschienenen Wahlberechtigten beeinträchtigt wurde. Nur dann ist nämlich der eigentliche Volkswille verletzt. Logisch betrachtet bedeutet zwar jeder Wahlfehler, auch wenn er den Mehrheitswillen nicht berührt, eine Beeinträchtigung des Volkswillens. Infolge des Mehrheitsprinzips kann aber eine Verletzung des Wählerwillens dann außer Betracht bleiben, wenn ein Wahlfehler nur die Minderheit betroffen hat und sich auch bei seinem Hinwegdenken eine andere Mehrheit nicht ergeben hätte. Da in derartigen Fällen das demokratische Prinzip in seiner eigentlichen Bedeutung gar nicht angetastet ist, darf nicht nur die an sich bestehende Beeinträchtigung des Volkswillens außer acht gelassen werden, sie muß es sogar. Sie muß es deswegen, weil sich die gesuchte Synthese zwischen den Wahlfunktionen gerade dort ergibt, wo ein Wahlfehler den Mehrheitswillen nicht berührt. Denn dort, wo sich selbst bei

15) So Kelsen, Demokratie, S. 9/10: „Nur der Gedanke, daß — wenn schon nicht alle — so doch möglichst viele Menschen frei, d. h. möglichst wenige Menschen mit ihrem Willen in Widerspruch zu dem allgemeinen Willen der sozialen Ordnung geraten sollen, führt auf vernünftigem Wege zum Majoritätsprinzip“.

16) So namentlich Dietrich Schindler a. a. O. S. 81; vgl. auch Kind S. 24 unten und Meisser S. 31.

17) Vgl. statt vieler Coing, „Grundzüge der Rechtsphilosophie“, Berlin 1950, S. 210/11. Gleichwohl ist auch das Mehrheitsprinzip Angriffen ausgesetzt, so etwa, wenn Friedrich Schiller im 1. Akt des Demetrius den Saphira sagen läßt: „Mehrheit ist der Unsinn . . . Der Staat muß untergehen, früh oder spät, wo Mehrheit siegt und Unverstand entscheidet“.

18) Piccenoni spricht vom Mehrheitsprinzip auf S. 11 als einem „demokratischen Dogma“. Im Verlauf seiner Untersuchung kommt er aber auf dieses Prinzip nicht mehr zurück.

19) Gedanklich läßt sich eine vollkommene Volksherrschaft nur mit der volunté générale begründen, wie sie Rousseau im „Contrat social“ (II. und IV. Buch, jeweils Kapitel 2) entwickelt hat. Die These Rousseaus von der Einheit des Willens aller Staatsbürger, der sich niemals irren kann und den auch der bei der Abstimmung in der Minderheit Gebliebene in Wirklichkeit hat, ist und kann indessen nichts anderes sein als eine gedankliche Konstruktion. Sie ist lediglich von jener totalitären Grundvorstellung her zu verstehen, die in dem anders Stimmenden nur den Feind sieht, den es zu vernichten gilt, vgl. Peter Schneider, „Ausnahmestand und Norm“, S. 88 f. und „Prinzipien des totalitären Staats- und Rechtsdenkens“, S. 9 ff.; Kind S. 20 und 24 sieht in der Lehre vom Gemeinwillen lediglich eine Fiktion, mit Hilfe derer eine Erklärung für die Maßgeblichkeit des Mehrheitswillens gefunden werden soll.

20) Vgl. Kelsen, Demokratie, S. 24.

21) So Meisser S. 40 und Kind S. 25 oben.

Hinwegdenken der festgestellten Regelwidrigkeit eine andere Mehrheit nicht ergeben hätte, besteht gar kein Konflikt mehr, der zugunsten des demokratischen Prinzips entschieden werden müßte. Wie bei einem gänzlich fehlerfreien Wahlverfahren treffen sich vielmehr auch in einem solchen Falle beide Funktionen in sinnvoller Ergänzung. Sie finden beide in dem bestehenden Organ ihre Verwirklichung. Daß die einmal getroffene Wählerentscheidung wegen eines Fehlers, der nur die Minderheit betroffen hat, nicht angetastet werden darf, ist deswegen ein Gebot sowohl der demokratischen als auch der Organbildungsfunktion. Beide verlangen es, daß ein Vertreterorgan, das den Willen der Mehrheit der Wähler richtig wiedergibt, in seiner Funktionsfähigkeit erhalten bleibt²²⁾.

Eine Ungleichbehandlung der einzelnen Wählerstimmen ist mit der hier vorgeschlagenen Lösung nicht verbunden. Im Gegenteil: der gleiche effektive Erfolg einer jeden Stimme wird gerade dadurch gewährleistet, daß jede von einem Wahlfehler betroffene Stimme berücksichtigt wird, wenn und sobald sich ihretwegen eine andere Mehrheit ergeben hätte. Aus dem gleichen Grunde ist der Minderheit auch nicht die Chance genommen, zur Mehrheit zu werden. Andererseits muß aber — und auch dies ergibt sich aus dem Majoritätsgrundsatz — die effektive Beeinträchtigung des Mehrheitswillens die absolute Grenze sein, bis zu der ein Wahlfehler noch hingenommen werden darf. Jedes Mehr würde nicht nur mit dem verfassungsmäßig verankerten gleichen Stimmrecht, sondern auch mit der der Wahl zugrunde liegenden „Normidee“ — der Verwirklichung des Mehrheitswillens — unvereinbar sein.

Ist danach das demokratische Prinzip nur im Falle einer Beeinträchtigung des Mehrheitswillens relevant verletzt, so bleibt nur noch zu klären, was unter einer „Verletzung des Mehrheitswillens“ zu verstehen ist. Als andersgeartete Mehrheit müßte an sich schon jede durch einen Wahlfehler ausgelöste Veränderung des Abstimmungsergebnisses angesehen werden. Da jede Stimme grundsätzlich das gleiche Gewicht hat, läßt sich — so könnte man folgern — die Mehrheit für einen Vorschlag eben nur an Hand der abgegebenen Stimmen ermitteln. Wie dargestellt, ist nun aber das Abstimmungsergebnis im Rahmen der Wahlprüfung nur von Interesse, wenn sich aus ihm eine andere Sitzverteilung ergeben würde²³⁾. Denn nicht das Abstimmungsergebnis ist ja der sichtbare und rechtlich bedeutsame Ausdruck des Wählerwillens, sondern die sich aus ihm ergebende persönliche Zusammensetzung der Volksvertretung. Eine relevante Beeinträchtigung des Mehrheitswillens im wahlprüfungsrechtlichen Sinne kann deswegen nur vorliegen, wenn sich ein Wahlfehler über eine Änderung des Stimmenergebnisses hinaus auch auf die Sitzverteilung ausgewirkt hat.

²²⁾ Über die Auswirkung dieses Gedankens vgl. unten unter V).

²³⁾ Vgl. oben § 3 II und III.

^{23a)} Vgl. die im § 6 I gegebene Übersicht über den Stand der Meinungen.

IV. Der Erheblichkeitsgrundsatz als Folge des Mehrheitsprinzips

Durch die vorstehenden Überlegungen wird der von der neueren Wahlprüfungspraxis und dem Schrifttum^{23a)} ganz überwiegend befolgte Erheblichkeitsgrundsatz im Ergebnis bestätigt. Es können danach — wie es vom Bundesverfassungsgericht einmal formuliert wurde²⁴⁾ — prinzipiell nur solche Wahlfehler Sanktionen auslösen, die nach der konkreten Sachlage auf die Mandatsverteilung Einfluß nehmen konnten. Alle anderen Verstöße müssen dagegen von vornherein als unerheblich ausscheiden²⁵⁾.

Wenn dieses Ergebnis heute auch überwiegend anerkannt wird, ja z. T. sogar schon gesetzlich verankert ist²⁶⁾, so ist doch bisher eines nicht deutlich genug erkannt worden: daß sich der Erheblichkeitsgrundsatz unmittelbar aus dem Mehrheitsprinzip ableitet, und daß er infolgedessen spezifisch verfassungsrechtlichen Charakter hat. Ihn wie Thürk²⁷⁾ als einen außerhalb des Rechtlichen liegenden „politischen Gesichtspunkt“ abzutun, ist sicherlich verfehlt. Ebenso wenig sind es aber auch reine Zweckmäßigkeitsüberlegungen, wie „das Interesse an der öffentlichen Ordnung“²⁸⁾, ein „Prinzip der Verhältnismäßigkeit“²⁹⁾ oder „praktische Bedürfnisse der demokratischen Staatswillensbildung“³⁰⁾, die es im Falle der Unerheblichkeit eines Wahlfehlers erlauben, eine u. U. empfindliche Beeinträchtigung des individuellen Stimmrechts außer acht zu lassen. Derartige Überlegungen können, wenn überhaupt, so nur sekundär eine Rolle spielen. Seine juristische Rechtfertigung findet das Erheblichkeitsprinzip allein in dem ungeschriebenen Rechtssatz, daß bei der Wahl der Wille der Mehrheit entscheidet, und daß nur dieser Wille rechtlich relevant ist. Aus diesem Grunde vermag auch die Argumentation Piccenoni³¹⁾, wonach nur im Falle der Erheblichkeit eines Wahlfehlers das Wahlergebnis nicht mehr als der unverfälschte Volkswille erscheint, im entscheidenden Punkt nicht zu überzeugen. Piccenoni argumentiert vom Ergebnis her. Die juristische Kernfrage, warum eigentlich der Volkswille nur verfälscht sein soll, wenn sich ein Wahlfehler auf das Wahlergebnis ausgewirkt hat, läßt er unbeantwortet. Diese Frage läßt sich befriedigend nur lösen, wenn man den sog. Volkswillen im Sinne von Mehrheitswillen versteht.

24) BVerfG 4, 372 f.

25) Darüber, wie zu verfahren ist, wenn ein Einfluß auf die Sitzverteilung nur möglich ist, siehe unten §§ 11 und 12.

26) Vgl. oben § 6 I, bes. Anm. 10 und 11.

27) Thürk in DVBl. 1960, 796 links unten. Von einer „ständigen Rechtsprechung“ des Weimarer Staatsgerichtshofes in diesem Sinne, von der Thürk a. a. O. Fußnote 18 spricht, kann keine Rede sein. Der Staatsgerichtshof hat sich überhaupt nur ein einziges Mal (eben in der von Thürk erwähnten Entscheidung in RGZ 123, Anh. S. 13 ff.) mit Fragen des materiellen Wahlprüfungsrechts auseinandergesetzt. Zu der erwähnten Entscheidung vgl. unten V, Anm. 45.

28) So Piccenoni S. 114; vgl. auch VGH München in VGHE N. F. 2, 95, wo der Erheblichkeitsgrundsatz als Ergebnis einer vom Gesetzgeber getroffenen reinen Interessenabwägung verstanden wird.

29) So die Begründung von Maunz-Dürig, vgl. oben § 6 II 4 Anm. 23. Die Unrichtigkeit der von Maunz-Dürig gegebenen Begründung folgt bereits daraus, daß bei ihnen von einem „an sich rechtmäßigen Eingriff“ die Rede ist. Der Eingriff in die im Ergebnis zutreffende Mehrheitsentscheidung ist aber nach dem Gesagten nicht rechtmäßig, sondern rechtswidrig!

30) So die Begründung Greeves auf S. 67.

31) Piccenoni S. 144.

Daß schließlich der Geltungsgrund für den Erheblichkeitsgrundsatz nicht in einer gewohnheitsrechtlichen Anerkennung gefunden werden kann, wurde bereits vermerkt³²⁾.

V. Die Allgemeingültigkeit des Erheblichkeitsgrundsatzes

Die schon mehrfach angeschnittene Frage, ob der Erheblichkeitsgrundsatz auch universell gelte, läßt sich aus den bisher gewonnenen Ergebnissen unschwer beantworten. Wie wir uns erinnern, handelt es sich bei dieser Frage genau genommen um einen doppelten Komplex. Einmal geht es darum, ob der Erheblichkeitsgrundsatz nach oben hin durchbrochen werden kann, zum anderen ist die Frage die, ob er wenigstens nach unten hin Ausnahmen duldet. Beides ist behauptet worden³³⁾, beides im Widerspruch zu dem Grundsatz, daß bei der Wahl der Wille der Mehrheit entscheidet.

1. Daß erhebliche Wahlfehler nicht unbeachtet bleiben dürfen, folgt zunächst aus dem Vorrang des demokratischen Prinzips vor der Organbildungsfunktion³⁴⁾. Es folgt ferner aus den oben entwickelten Grundsätzen, wonach bei der Wahl der Mehrheitswille entscheidet und demzufolge das demokratische Prinzip nur gewahrt ist, wenn die personelle Zusammensetzung der Volksvertretung den Mehrheitswillen richtig wiedergibt. Aus der Erkenntnis, daß der Erheblichkeitsgrundsatz seine Grundlage in einer so elementaren Regel wie dem Mehrheitsprinzip hat, folgt aber auch, daß an ihn nicht nur die Wahlprüfungsinstanzen, sondern alle staatlichen Gewalten gebunden sind. Wahlfehler, die sich im Einzelfall auf die Sitzverteilung ausgewirkt haben, können deswegen auch vom Gesetzgeber nicht für unbeachtlich erklärt werden. Im Hinblick auf die durch Art. 79 Abs. 3 GG normierte Unabänderlichkeit des Mehrheitsprinzips³⁵⁾ wäre eine Durchbrechung des Erheblichkeitsgrundsatzes nach der hier vertretenen Auffassung nicht einmal durch verfassungsänderndes Gesetz möglich.

2. Für den umgekehrten Fall, die Frage, ob unter besonderen Umständen auch unerheblich gebliebene Fehler Sanktionen zur Folge haben können, ergibt sich die Lösung ebenfalls aus dem Mehrheitsprinzip. Dieses Prinzip gebietet nämlich nicht nur die Berücksichtigung erheblicher Wahlfehler, sondern es verbietet auch, daß der Mehrheitswille ohne Not angetastet wird. Als Ausdruck der dem Volk ursprünglich zustehenden Machtbefugnisse hat die einmal getroffene Wählerentscheidung Anspruch auf unbedingte Beachtung. In sie darf korrigierend grundsätzlich nur eingegriffen werden, wenn die vorliegende Entscheidung nicht den rechtmäßig zustande gekommenen

³²⁾ Vgl. oben § 6 III 3 am Ende.

³³⁾ Als Beispiel einer Durchbrechung des Erheblichkeitsgrundsatzes „nach oben“, d. h. der Nichtbeachtung erheblicher Wahlfehler, sei die Entscheidung des Hess. StGH vom 31. 1. 1928 in Lammers-Simons, Bd. III, 342 ff. erwähnt, vgl. oben § 3 III 2 am Ende.

Fälle, bei denen der Erheblichkeitsgrundsatz „nach unten“ durchbrochen wurde, finden sich im Zusammenhang mit der Erörterung der sog. absoluten Wahlfehler, vgl. oben § 7 III 2.

³⁴⁾ Vgl. oben unter II.

³⁵⁾ Dazu v. Mangoldt-Klein, Erl. VIII zu Art. 20 GG (S. 610) und Maunz-Dürig Rand Nr. 47 zu Art. 79 GG: „Unabdingbar ist, daß die Mehrheit des Volkes die entscheidende Potenz der politischen Willensbildung sein muß“.

Willen der Mehrheit darstellt. Gibt die Sitzverteilung den Mehrheitswillen dagegen richtig wieder, dann bedeutet jede Korrektur hieran eine Mißachtung der Wählerentscheidung³⁶⁾.

Im Gegensatz zum deutschen Rechtsbereich hat man in der Schweiz die verfassungsrechtlichen Grundlagen des vorliegenden Problems klar erkannt. Man weiß dort, daß es im Rahmen der Wahlprüfung nicht darum gehen kann, Rechtsverstöße auszumerzen, sondern allein um die Wahrung des demokratischen Prinzips und um die Ermittlung der richtigen Mehrheitsverhältnisse. Der Schweizerische Bundesrat³⁷⁾ hat deshalb eine Bestimmung des Berner Wahlgesetzes, welche die Nichtigkeit der Wahl für jeden Fall anordnet, in dem die Zahl der vorgefundenen Stimmzettel die abgegebenen Stimmausweise überstieg (aktive Beteiligungsfehler³⁸⁾), für unvereinbar mit dem in der Verfassung garantierten Stimmrecht erklärt³⁹⁾. Aus dem verfassungsmäßigen Stimmrecht hat Piccenoni⁴⁰⁾ sogar generell ein Verbot abgeleitet, Wahlfehler zu beachten, wenn sie für den Ausgang der Wahl offensichtlich ohne Bedeutung waren. Dem ist zuzustimmen. Die Erwägungen Piccenonis und des Schweizerischen Bundesrates sind im Prinzip die gleichen wie hier. Es wird hier wie dort weniger auf Zweckmäßigkeitsüberlegungen als auf das demokratische Recht überhaupt abgestellt. Dieses allerdings kann nach der hier vertretenen Auffassung im Rahmen der Wahlprüfung nur im Zusammenhang mit dem Mehrheitsgrundsatz gesehen werden.

Aus dem Gesagten folgt, daß es absolute Wahlfehler nicht geben kann⁴¹⁾, daß vielmehr immer, und zwar ohne Rücksicht auf den Rang der verletzten Norm oder das „Gewicht“ eines Fehlers, nach den Auswirkungen auf die Sitzverteilung zu fragen ist. Nur wenn sich ein Fehler in diesem Sinne als erheblich erweist, dürfen an ihn Sanktionen geknüpft werden. An diesen Grundsatz ist entgegen der Auffassung von Henrichs⁴²⁾ auch der Gesetzgeber gebunden. Er hat das Wahlergebnis bei Bestand zu lassen, sofern ein Fehler, mag er auch noch so „gewichtig“ erscheinen, die Mehrheitsentscheidung im Ergebnis nicht verfälscht. Die demgegenüber in neuerer Zeit noch

36) Vgl. oben unter III.

37) Zitiert nach Piccenoni, S. 153/154.

38) Zu diesen Fehlern vgl. unten § 11 II 2.

39) Unter dem gleichen Gesichtspunkt erscheint die Bestimmung des § 24 Ziff. 2 des Hess. Gemeinde- und KreiswahlG i. d. F. vom 1. 7. 1960 (GVBl. S. 143) insoweit mit dem Mehrheitsgrundsatz unvereinbar, als sie eine Wiederholungswahl im Wahlbezirk auch dann vorsieht, wenn lediglich das „Wahlergebnis im Wahlbezirk“ (gemeint ist offensichtlich das Stimmenergebnis) beeinflusst ist. A. A.: VGH Kassel in ESVGHE 7, 77, der unter „Wahlergebnis“ die Sitzverteilung versteht, obwohl sich im § 24 Ziff. 2 die Begriffe „Wahlergebnis im Wahlbezirk“ und „Verteilung der Sitze“ gleichwertig gegenüberstehen.

40) Piccenoni a. a. O.

41) Im Ergebnis wie hier: Greeve S. 71/72; Maunz-Dürig Rand Nr. 27 zu Art. 41 GG; Rietdorf, Kommentar S. 271; Seifert, BWG 56 S. 323 unten und 329 mit Nachweisen in Fußnote 18; OVG Lüneburg in OVG 6, 337 und 11, 306 und OVG Münster in DOV 1959, 458 rechts unten; ebenso wohl auch Ball S. 104 f. und Nass S. 214.

42) Am Ende seines Aufsatzes in NJW 1960, 1746 ff. meint Henrichs im Zusammenhang mit den Auswirkungen einer verfassungswidrigen Wahlvorschrift, der Gesetzgeber könne zwar, wenn er es wolle, die Ungültigkeit einer fehlerhaften Wahl auch im Falle der Nicht-Erheblichkeit anordnen, er sei hierzu aber von Verfassungsrechts wegen nicht verpflichtet.

von Thürk, v. Mangoldt-Klein und einigen Gerichten vertretene Gegenmeinung⁴³⁾ geht nicht nur von falschen methodischen Voraussetzungen aus⁴⁴⁾, sondern übersieht auch, daß elementare Verfassungsgrundsätze gerade erst verletzt werden, wenn wegen eines lediglich die Minderheit betreffenden Verstoßes in die Entscheidung der Mehrheit eingegriffen wird. Sie ist aus diesem Grunde nicht nur unzweckmäßig und wenig praktikabel⁴⁴⁾, sondern in sich selbst verfassungswidrig⁴⁵⁾.

§ 11 Die ungewisse Kausalität

Mit den vorstehenden Ausführungen wurde der Erheblichkeitsgrundsatz als die Grundregel des materiellen Wahlprüfungsrechts gekennzeichnet. Ob sich nun aber ein Wahlfehler auf die Sitzverteilung ausgewirkt hat, läßt sich oft nur unter Schwierigkeiten und keineswegs immer feststellen.

I. Das Problem

Mit mathematischer Sicherheit lassen sich nur die sog. Auswertungsfehler berechnen, das sind Fehler, die erst nach der eigentlichen Wahlhandlung bei der Auswertung und Zählung der abgegebenen Stimmen aufgetreten sind. So kann etwa bei bloßen Rechenfehlern im Wege der Neuberechnung leicht ermittelt werden, ob diese Fehler auf die Sitzverteilung Einfluß genommen haben oder nicht. Auch bei falscher Bewertung von Stimmzetteln — eine Frage, die einen Großteil der Wahlprüfungspraxis ausmacht — lassen sich die Auswirkungen ohne besondere Schwierigkeiten feststellen. In der Mehrzahl der Fälle ist und bleibt jedoch der Einfluß eines Verstoßes auf die Sitzverteilung ungewiß. Sind beispielsweise in einem Wahlbezirk verschiedene Wahlberechtigte nicht in die Wählerliste aufgenommen und dadurch an der Stimmabgabe verhindert worden, oder wurden umgekehrt zu viele Stimmen abgegeben, dann wird es meist zweifelhaft bleiben, ob sich ohne eine derartige Falschbeteiligung eine andere Sitzverteilung ergeben hätte. Zwar kann auch dann die Möglichkeit einer Einflußnahme gänzlich ausgeschlossen sein, dann nämlich, wenn die Stimmen für einen Wahlvorschlag derart überwiegen, daß sich selbst bei Abzug aller zuviel oder zuwenig abgegebenen Stimmen ein anderes Ergebnis nicht herausstellen würde. Wenn es aber z. B.

43) Vgl. oben § 7 III 2 b.

44) Vgl. oben § 7 III 2 c.

45) Damit soll nicht gesagt sein, daß Entscheidungen, die sich auf absolute Ungültigkeitsgründe berufen, notwendig falsch wären. Die Entscheidung des OVG Koblenz (oben § 7 Anm. 52) z. B. scheint im Ergebnis durchaus das Richtige zu treffen. Sie geht zwar von der Existenz absoluter Ungültigkeitsgründe aus, gleichwohl kommt sie zur Aufhebung der Wahl nur mit der Begründung, „daß die Auswirkungen eines solchen Verstoßes gegen diese Grundsätze (im konkreten Fall waren es die Grundsätze der Wahlfreiheit und des Wahlheimnisses) nicht abschätzbar seien“ vgl. a. a. O. S. 201. Von dem Erfordernis einer Auswirkung kann sich vollkommen also auch das OVG Koblenz nicht lösen. Trotzdem erklärt es, daß es auf eine solche nicht ankomme, und eben darin liegt die Gefährlichkeit der Lehre von den absoluten Ungültigkeitsgründen. Unrichtig entschieden ist z. B. das Urteil des RStGH in RGZ 123 Anh. S. 13 ff., durch das die sächsischen LT Wahlen vom 31. 10. 1926 für ungültig erklärt wurden, obwohl der LT mehrfach festgestellt hatte, daß durch die Anwendung der nachträglich für nichtig erklärten Vorschrift die Sitzverteilung nicht beeinflusst worden war (vgl. Apelt in AöR N. F. 18, 129), eine Feststellung, die übrigens der Entscheidung des RStGH selbst zu entnehmen ist, vgl. a. a. O. S. 14 unten.

so steht, daß in einem Wahlbezirk 20 Wähler rechtswidrig ausgeschlossen wurden, und wenn der für den betreffenden Wahlkreis aufgestellte Kandidat nur mit einer Mehrheit von weniger als 20 Stimmen den Sieg davongetragen hat, dann läßt sich mit Sicherheit nicht mehr sagen, daß das Wahlergebnis ohne den Fehler nicht anders ausgesehen hätte.

Eine wesentlich größere Ungewißheit als in dem vorerwähnten Beispiel ergibt sich bei den sog. passiven Beteiligungsfehlern, Fälle, in denen ein Kandidat, eine Wählergruppe oder eine Partei rechtswidrig von der Teilnahme an der Wahl ausgeschlossen wurde. Derartige Fehler erstrecken sich regelmäßig nicht nur über das ganze Wahlgebiet, sondern bringen es auch von Natur aus mit sich, daß ihre zahlenmäßige Auswirkung nur in den seltensten Fällen zu ermitteln ist. Noch schwieriger gestaltet sich die Erheblichkeitsprüfung, wenn nicht einmal feststeht, ob sich ein Fehler auf die Wählerentscheidung überhaupt ausgewirkt hat. Wird beispielsweise in einem Wahleinspruch gerügt, die Wahlzelle sei nicht genügend gegen eine Einsichtnahme von außen geschützt gewesen, und stellt sich diese Rüge als wahr heraus, dann liegt zweifellos ein Wahlfehler vor. Man weiß aber nicht, ob sich die Wähler hiervon bei ihrer Stimmenabgabe haben beeinflussen lassen. Ebenso weiß man nicht, in welchem Umfang und in welche Richtung sich ein solcher Verstoß ausgewirkt haben kann. Ähnlich verhält es sich mit anderen Formalverstößen, z. B. der verspäteten Bekanntgabe des Wahltermins, der ungenauen Parteibezeichnung auf den Stimmzetteln oder dem Fall, daß die Wahlurne nach der Abstimmung nicht sorgfältig verschlossen wurde¹⁾ und damit die Möglichkeit des Austausches von Stimmzetteln gegeben war. Es ist in all diesen Fällen möglich, daß der Verstoß das Wahlergebnis beeinflusst hat, ebenso gut kann er aber auch ganz ohne Folgen geblieben sein. Allgemein läßt sich sagen, daß die Auswirkungen eines Wahlfehlers um so schwerer zu ermitteln sind, je früher sich der Verstoß in den Wahlakt einschleicht²⁾.

II. Die sogenannte Gültigkeitsvermutung

Mit Rücksicht darauf, daß in den angeführten Beispielen eine Verletzung der Mehrheitsentscheidung überhaupt nicht feststeht, ist die Frage aufzuwerfen, ob insoweit nicht dem Interesse an der Aufrechterhaltung der Wahl der Vorrang gebührt.

1. Wer wie v. Mangoldt-Klein³⁾ oder Greeve⁴⁾ aus dem allenthalben eingeführten Einspruchsprinzip eine Vermutung für die Rechtmäßigkeit der Wahlen herleitet, müßte konsequent im Zweifel auch für das rechtmäßige Zustandekommen einer Wahl entscheiden. Denn die Bedeutung einer Vermutung besteht ja — wie Peter Schneider⁵⁾ es kürzlich formu-

1) Vgl. dazu OVG Koblenz in AS Rh-Pf 7, 111 ff.

2) Vgl. Schiller S. 58.

3) v. Mangoldt-Klein, Erl. III 1 a zu Art. 41 GG: „Es wird vielmehr — widerlegbar — vermutet, daß die Wahl jedes einzelnen Abgeordneten rechtmäßig ist.“

4) Greeve S. 76 und 97: „Nach dem geltenden Recht wird die Gültigkeit einer Wahl grundsätzlich vermutet“.

5) Peter Schneider, „In dubio pro libertate“, S. 266 unten.

liert hat — gerade darin, daß sie die mit dem Zweifel gegebene Unmöglichkeit der Entscheidung angesichts der Notwendigkeit einer Entscheidung im Sinne der Vermutung überwindet. Ungewissheiten darüber, ob sich ein Wahlfehler überhaupt (und gegebenenfalls in welcher Weise) auf die personelle Zusammensetzung einer Volksvertretung ausgewirkt hat, müßten also, wenn tatsächlich eine Vermutung für das rechtmäßige Zustandekommen einer Wahl bestünde, zum Nachteil der Wählerschaft gehen. Die Beweislast trüge dann nicht nur für das Vorhandensein eines Wahlfehlers, sondern auch für dessen Auswirkung stets derjenige, der die Unrechtmäßigkeit einer Wahl geltend macht.

In einer unveröffentlichten Entscheidung hat der VGH Kassel⁶⁾ die Beweislast tatsächlich in diesem Sinne verteilt. Der Anfechtungskläger hatte eine Gemeindewahl, bei der die eine Wählergruppe 132 und die andere 134 Stimmen erhalten hatte, mit der Behauptung angefochten, daß entgegen der amtlichen Wählerliste zwei Stimmzettel zu wenig ausgegeben worden seien, und daß infolgedessen durchaus die Möglichkeit bestünde, daß sich bei richtiger Handhabung Stimmgleichheit (134 zu 134) ergeben hätte. Nach dem Wahlgesetz hätte dann ein Sitz durch das Los verteilt werden müssen. Das Gericht tat das zunächst einzig Richtige: es ordnete die Vernehmung des betreffenden Wahlbeamten an. Dieser konnte sich an den Vorfall nicht mehr genau entsinnen; er hielt es jedoch in der Beweisaufnahme für möglich, daß er — wie er sich ausdrückte — „den Bock geschossen hätte“. Obwohl danach eine für die Sitzverteilung erhebliche Unregelmäßigkeit durchaus nicht unwahrscheinlich war, wies der VGH Kassel die Wahlanfechtungsklage zurück mit der Begründung, der Kläger hätte im Hinblick auf die Aussage des Wahlbeamten den absolut sicheren Nachweis für einen Wahlfehler nicht geführt⁷⁾.

2. Besteht nun aber wirklich eine echte Vermutung für die Gültigkeit einer Wahl und trifft — als Folge hiervon — die Beweislast im Wahlprüfungsverfahren tatsächlich denjenigen, der die Unrechtmäßigkeit einer Wahl geltend macht?

a) Für eine andere Gruppe von Staatsakten, die Akte der Legislativen und der Verwaltung, ist das Problem der sog. Gültigkeitsvermutung in jüngster Zeit wieder aktuell geworden⁸⁾. Die früher allgemein vertretene Auffassung, daß für die Rechtsgültigkeit von Gesetzen und Verwaltungsakten eine Vermutung spreche, stößt heute auf zunehmenden Widerspruch. Hamann⁹⁾

6) VGH Kassel, Urt. vom 27. 2. 1953 — OS I 213 — 215/52 —. Auf den gleichen Standpunkt stellte sich die sächs. Landesregierung, als sie die sächsischen Landtagswahlen vom 31. 10. 1926 zu verteidigen hatte, vgl. RGZ 123 Anh. S. 17.

7) Gleichwohl muß der Entscheidung im Ergebnis zugestimmt werden. Das nur versehentliche Nicht-aushändigen eines Wahlscheines stellt einen Wahlfehler deshalb nicht dar, weil es Sache des Wählers ist, sich hierum zu kümmern. Diese Erwägung hat der VGH Kassel auch getroffen, nicht aber sie, sondern die Beweislastverteilung zur Grundlage seiner Entscheidung gemacht.

8) Vgl. dazu und zum folgenden Peter Schneider „In dubio pro libertate“ a. a. O., bes. S. 277 ff. und Fußnote 44.

9) Hamann in NJW 1959, 1465 ff.

hat vor einiger Zeit die vom Bundesfinanzhof¹⁰⁾ vertretene These, jedes Gesetz habe bis zu einer Nichtigkeitserklärung die Vermutung der Verfassungsmäßigkeit für sich, einer eingehenden Kritik unterzogen. Nach ihm kann ein Gesetz allenfalls einen gewissen Rechtsschein der Gültigkeit haben. Im Falle der Fehlerhaftigkeit will er aber diesem Rechtsschein in Übereinstimmung mit Arndt¹¹⁾ und Michel¹²⁾ materiell keine Bedeutung beimessen.

Auch die im Anschluß an Otto Mayer eingebürgerte Formel von der Vermutung der Rechtmäßigkeit und Gültigkeit der Verwaltungsakte gerät heute mehr und mehr ins Wanken. Otto Mayer¹³⁾ vertrat die Lehre von der Selbstbezeugung allen Verwaltungshandelns. Für ihn gab die Obrigkeit, sofern sie sich nur im Rahmen ihrer allgemeinen Zuständigkeit bewegte, zugleich zu erkennen, daß sie rechtmäßig handelte. Forsthoff¹⁴⁾ und viele andere haben daraus eine Vermutung für die Rechtsgültigkeit von Verwaltungsakten abgeleitet. Demgegenüber haben Bettermann¹⁵⁾ und Jesch¹⁶⁾ zu bedenken gegeben, daß die Erfahrungen der letzten Jahrzehnte alles andere als eine Bestätigung dieser ganz im obrigkeitsstaatlichen Denken verwurzelten These Otto Meyers geliefert hätten. Sie werfen die Frage auf, ob man nicht umgekehrt aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung das Gegenteil einer Gültigkeitsvermutung folgern müsse, weil der Staat im Gegensatz zum Privatmann in die Rechte des einzelnen nur eingreifen dürfe, soweit dafür eine gesetzliche Ermächtigung vorhanden sei. Dieser Gedankengang ist in der Tat nicht von der Hand zu weisen. Da das Gesetz — zumindest bei belastenden Verwaltungsakten — für die Verwaltung Quelle und nicht nur — wie für den Privatmann — Schranke allen Handelns ist, müßten an sich gesetzwidrige Verwaltungsakte weit eher ungültig sein als privatrechtliche Handlungen. Es müßte also — wie Peter Schneider¹⁷⁾ im einzelnen dargetan hat — eher von einer Vermutung für den Freiheitsbereich des einzelnen ausgegangen werden.

Ob man aber deswegen die sog. Gültigkeitsvermutung von Gesetzen und Verwaltungsakten so vorbehaltlos ablehnen soll, wie Arndt und Hamann es tun, bleibt zweifelhaft. Sicherlich ist die Lehre von der Selbstbezeugung des Verwaltungshandelns ebenso fragwürdig, wie die von Ha-

10) BFH in BStBl. 1959, III, 140 ff. und früher schon in NJW 1958, 806; ähnlich auch BVerfG 2, 282, allerdings nur im Zusammenhang mit der sog. „verfassungskonformen Auslegung“ von Gesetzen. Sieglodh, JZ 1958, 81, spricht dagegen uneingeschränkt von der Vermutung für die Gültigkeit eines Gesetzes.

11) Arndt in NJW 1957, 363, DÖV 1959, 83 und in NJW 1959, 2145: „Mehr sein als Schein kann dieser Rechtsschein nicht sein“.

12) Michel NJW 1960, 841 ff.

13) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 1914, Bd. I, S. 97 f.

14) Vgl. neben Forsthoff, Lehrbuch I S. 206, H. J. Wolff „Verwaltungsrecht“, Bd. I, 2. Aufl., S. 236; Bender DVBl. 1953, 34 links unten; Scheldier AöR N. F. 17, 111 und aus der Rechtsprechung: BVerw GE 1, 67 ff. mit weiteren Nachweisen. Auch Hamann (oben Anm. 9) beruft sich auf die sog. Gültigkeitsvermutung von Verwaltungsakten. Er erkennt jedoch, daß es sich hierbei um das gleiche Problem wie bei den Legislativakten handelt; kritisch insoweit mit Recht: Reismüller in JZ 1959, 646.

15) Bettermann in MDR 1949, 395/96.

16) Jesch, „Die Bindung des Zivilrichters an Verwaltungsakte“, Erlangen 1957, S. 52 ff.

17) Peter Schneider, „In dubio pro libertate“, a. a. O.

man n bekämpfte These des Bundesfinanzhofes, wonach heute grundsätzlich davon auszugehen ist, „daß im parlamentarisch-demokratischen Rechtsstaat die gesetzgebenden Organe die verfassungsmäßigen Grundrechte der Bürger zu achten gewillt sind“¹⁸). Letztlich beruhen derartige Überlegungen auf der Vorstellung, die Obrigkeit werde, weil sie eben die Obrigkeit ist, schon richtig handeln. Sie lassen sich auf das keineswegs freiheitliche, sondern totalitär gedachte Grundaxiom R o u s s e a u s ¹⁹) von der Einheitlichkeit des Willens aller Staatsbürger und seiner Unfehlbarkeit zurückführen.

Dennoch scheint es sich bei der Kontroverse mehr um begriffliche Mißverständnisse als um eine wirkliche sachliche Meinungsverschiedenheit zu handeln. Das liegt an dem unglücklichen Begriff der „Vermutung“. Nirgends herrscht eine solche Sprachverwirderung und Begriffsverwirrung, wie gerade bei der Lehre von den Vermutungen²⁰). Mit einer Vermutung verbindet der Jurist unwillkürlich einen widerlegbaren, aber in allen Zweifelsfällen von Rechts wegen zu ziehenden Schluß von einer erwiesenen auf eine zu beweisende Tatsache, kurz also eine Umkehrung der Beweis- und Argumentationslast. Er empfindet es dann als eine ungerechte Bevorzugung, wenn Akte der Legislativen und der Verwaltung eine solche Vermutung für sich in Anspruch nehmen sollen, nicht aber privatrechtliche Geschäfte.

Gerade eine Beweislastumkehrung ist aber unter der eingebürgerten Gültigkeitsformel nicht zu verstehen. Nach ganz überwiegender Ansicht handelt es sich hierbei lediglich um einen im Interesse der Rechtssicherheit aufgestellten verwaltungsrechtlichen Grundsatz dahingehend, daß auch fehlerhafte Verwaltungsakte — von den schwersten Fällen der Nichtigkeit abgesehen — bis zu einer etwaigen Aufhebung volle Rechtswirkungen entfalten und von jedermann beachtet werden müssen²¹). Dies und nichts anderes meinen F o r s t h o f f ²²) und Hans J. W o l f f ²²), wenn sie einem Verwaltungsakt grundsätzlich die Vermutung der Gültigkeit beilegen.

18) BFH in NJW 1958, 806; vgl. dazu auch den Aufsatz von Hillert „Rechtsstaat und Rechtssicherheit“ in BB 1958, 1267 ff.

19) Rousseau, Contrat social, IV. Buch, Kapitel 2; vgl. in diesem Zusammenhang auch Peter Schneider „Prinzipien des totalitären Staats- und Rechtsdenkens“, S. 7/8 und „In dubio pro libertate“, S. 272; ferner Arndt in NJW 1959, 2145 sowie dessen Vortrag „Das nicht erfüllte Grundgesetz“, Tübingen 1960, S. 4 und S. 10.

20) So Leo Rosenberg, „Die Beweislast“, 3. Aufl., S. 197. Grundsätzliche Bemerkungen zum Begriff und zur Bedeutung einer „Vermutung“ finden sich bei Peter Schneider, „In dubio pro libertate“, auf S. 265/66. Wegen der Unklarheit der Begriffe hat Reismüller in JZ 1959, 646 gefordert, „der unglückseligen Schöpfung von der Vermutung der Gültigkeit von Verwaltungsakten das Lebenslicht auszublases“.

21) Vgl. z. B. Bachof in JZ 1957, 437 unter II 4); Reismüller in JZ 1959, 646; Peter Schneider a. a. O. S. 276 Fußnote 44; Tietgen in DVBl. 1957, 87 unter 3); Jesch und Bettermann oben Anm. 15, 16. Zur Verteilung der Beweislast im Verwaltungsprozeß im einzelnen siehe Rudrigel in DÖV 1958, 531 ff. mit zahlreichen Nachweisen. Lediglich Nass S. 83 Fußnote 7 will aus dem Grundsatz der Rechtmäßigkeit und Gültigkeit der Verwaltungsakte die Beweislast im Verwaltungsprozeß dem Anfechtungskläger auferlegen. Er bezieht sich dabei zu Unrecht auf Bettermann in DVBl. 1957, 85. Bettermann argumentiert nämlich mit der von ihm persönlich abgelehnten Gültigkeitsvermutung nicht für sich, sondern für die Meinung des BVerwG. Dieses hat anfänglich die Beweislast stets dem Anfechtungskläger auferlegt, im Verlaufe seiner späteren Rechtssprechung diese Regel aber immer mehr durchlöchert, vgl. Rudrigel a. a. O.

22) Oben Anm. 14.

Die vielgeschmähte Rechtmäßigkeitsvermutung besagt demnach nicht mehr, als daß auch fehlerhafte staatliche Anordnungen so lange beachtet werden müssen, bis sie von berufener Stelle beseitigt werden. Sie erweist sich damit nicht als eine Regelung für Zweifelsfälle, sondern als ein Ordnungsprinzip, auf das auch im Rechtsstaat nicht verzichtet werden kann, deswegen nicht, weil sie den offenen Widerstand gegenüber solchen Maßnahmen verbietet, die jederzeit einer gerichtlichen Nachprüfung unterzogen werden können. Wie Peter Schneider mit Recht hervorhebt, ist aber die sog. Gültigkeitsvermutung bei der Überprüfung des Aktes selbst weder für die Beweislastverteilung noch sonstwie von Bedeutung²³⁾.

Im Ergebnis, wenn auch nicht in der Begründung, behält damit die Lehre Otto Mayers auch heute noch ihre Bedeutung. Nur sollte man in diesem Zusammenhang nicht den Ausdruck „Vermutung“ verwenden. Um Mißverständnissen aus dem Wege zu gehen, erscheint es richtiger, an Stelle von einer „Vermutung“ von einem Rechtsschein der Gültigkeit, einer vorläufigen Gültigkeit oder einfacher nur von einer Bindungswirkung zu sprechen²⁴⁾. Dadurch würde erhellet, daß es sich bei der sog. Gültigkeitsvermutung von Staatsakten um einen Ordnungsgedanken und nicht um eine echte Rechtsvermutung handelt.

b) Die oben gestellte Frage, ob tatsächlich eine Vermutung für das rechtmäßige Zustandekommen einer Wahl besteht, läßt sich nach diesem Exkurs unschwer beantworten. Grundsätzlich kann hier nichts anderes gelten als bei fehlerhaften Akten der Gesetzgebung oder der Verwaltung. Da auch die Wahl ein Staatsakt ist, müssen fehlerhafte Akte im Wahlverfahren ebenfalls so lange als verbindlich angesehen werden, bis man sie von berufener Stelle für ungültig erklärt. Bis dahin entfalten sie volle Wirksamkeit²⁵⁾. Anders als bei verfassungswidrigen Gesetzen muß dies schon deswegen gelten, weil im Fall einer fehlerhaften Wahl in aller Regel nur die Frage der Aufhebbarkeit zur Debatte steht²⁶⁾. Im übrigen handelt es sich aber auch hier nur um einen Ausfluß des Ordnungselementes. Bestünde der Grundsatz der Beständigkeit bei Wahlen nicht, dann könnte die Verbindlichkeit einer Wahl nach Belieben anerkannt oder in Frage gestellt werden, ein Ergebnis, das mit den Erfordernissen der Rechtssicherheit schlechthin unvereinbar wäre²⁷⁾.

Mit einer Rechtsvermutung hat der Grundsatz der Rechtsbeständigkeit von Wahlen hingegen ebensowenig zu tun wie die vorläufige Verbindlichkeit von Verwaltungs- und Legislativakten. Hier wie dort handelt es sich um ein Prinzip lediglich formellen Charakters. Daß im Zweifel von dem recht-

²³⁾ Peter Schneider a. a. O., S. 276/77.

²⁴⁾ Entgegen der Auffassung von Arndt, Hamann und Michel (oben Anm. 9, 11 und 12) muß mit Götz in NJW 1960, 1177 ff. und den daselbst in Fußnote 19 genannten Autoren eine derartige Bindungswirkung auch gegenüber verfassungswidrigen Gesetzen angenommen werden. Es wäre mit dem Ordnungsgedanken unvereinbar, wenn einem Gesetze allein mit der Behauptung der Verfassungswidrigkeit die Anerkennung versagt werden könnte.

²⁵⁾ Ebenso Werner Schmitt S. 25; Jellinek AöR N. F. 15, 119; Schelcher AöR N. F. 17, 118 und der Bayerische StGH in Lammers-Simons, Bd. IV, 333.

²⁶⁾ Vgl. oben § 7 II.

²⁷⁾ Vgl. Schiller S. 56.

mäßigen Zustandekommen einer Wahl auszugehen wäre, besagt der Grundsatz der Rechtsbeständigkeit demnach nicht²⁸⁾). Er ist infolgedessen innerhalb des Prüfungsverfahrens weder für die Beweislast noch für die Frage von Bedeutung, ob und in welchem Umfang sich ein Wahlfehler auf die Sitzverteilung ausgewirkt hat.

III. *Das Primat des Volkswillens*

Um ein einmal gebildetes Organ nicht unnötig wieder zu vernichten, ist man vielleicht geneigt, einen Wahlfehler im Falle der Ungewißheit weniger zu beachten und damit der Organbildungsfunktion den Vorzug vor dem demokratischen Prinzip zu geben. Wie dargelegt, ist das Verhältnis der Wahlfunktionen zueinander aber gerade umgekehrt²⁹⁾). Nicht dem Bedürfnis nach Beibehaltung des einmal konstituierter Organes gebührt im Konfliktsfalle der Vorrang, sondern der Forderung, daß der Wille des Volkes in dem Vertreterorgan unbeeinträchtigt seinen Ausdruck findet. Innerhalb der widerstreitenden Wahlfunktionen kann daher von einem Primat des Volkswillens, genauer: des Mehrheitswillens gesprochen werden. Nur von diesem Grundverhältnis aus lassen sich auch die Fälle lösen, bei denen die Einwirkung eines Verstoßes ungewiß bleibt. Die Lösung ist einfach: Da ein Widerstreit zwischen den Wahlfunktionen lediglich dort nicht besteht, wo ein Wahlfehler die Sitzverteilung mit Sicherheit unberührt gelassen hat³⁰⁾), muß bei verbleibenden Zweifeln zugunsten des demokratischen Prinzips entschieden werden. Es geht nicht an, einen Verstoß nur deshalb außer Betracht zu lassen, weil sich seine Erheblichkeit nicht einwandfrei nachweisen läßt. Vielmehr muß grundsätzlich schon die Möglichkeit einer Beeinträchtigung der Mehrheitsentscheidung zu wahlprüfungsrechtlichen Sanktionen führen. Damit bestätigt sich der zu Beginn dieses Hauptteils angeführte Grundsatz, wonach Wahlfehler nicht nur dann zu beachten sind, wenn sie sich nachweislich auf die Sitzverteilung ausgewirkt haben, sondern auch dann, wenn eine Auswirkung nur möglich ist³¹⁾). In den Wahlprüfungsgesetzen wird dieses Ausreichen der bloßen Möglichkeit regelmäßig durch die Worte „von Einfluß gewesen sein können“ zum Ausdruck gebracht³²⁾).

Gestützt auf „rechtsstaatliche Gesichtspunkte“ wollen G r e e v e³³⁾ und ohne Begründung auch v. M a n g o l d t - K l e i n³⁴⁾ im Zweifel ebenfalls eine Auswirkung auf die Sitzverteilung annehmen. Diese Auffassung deckt sich mit der hier vertretenen, sie steht aber im Widerspruch zu der These, daß die Rechtmäßigkeit einer Wahl grundsätzlich zu vermuten sei.

28) Dementsprechend tenoriert der Bundestag bei unerheblichen Wahlfehlern auch nicht: „Die Wahl ist gültig“, sondern: „Der Einspruch des . . . gegen die Gültigkeit der Wahl zum Bundestag im Wahlkreis X wird zurückgewiesen“, vgl. z. B. BT Beschluß vom 26. 3. 1952, Stenogr. Berichte, 1. Wahlperiode, 201. Sitzung, S. 8667 (B) i. V. m. Drucksache 3201; zustimmend Seifert, BWG 56 S. 347.

29) Vgl. oben § 10 unter II.

30) Vgl. oben § 10 unter III.

31) Vgl. die im § 6 Anm. 2—7 angegebenen Nachweise. Übersehen wird das Ausreichen der bloßen Möglichkeit bei Rierdorf in DV 1949, 667.

§ 12 Die Erheblichkeitsprüfung

I. Allgemeines

Die wohl schwierigste Aufgabe der Wahlprüfung ist die, in Einzelfall den Einfluß eines Fehlers auf die Sitzverteilung richtig zu ermitteln. Die Praxis hat es sich bei dieser Frage oft sehr leicht gemacht. Um allen Schwierigkeiten aus dem Wege zu gehen, wurden immer wieder Wahlfehler als erheblich präsumiert, aus der Überlegung heraus, daß angesichts der „Schwere“ des Verstoßes eine Auswirkung wohl unterstellt werden könne. Die Unterscheidung zwischen absoluten und relativen Wahlfehlern beruht im Grunde auf nichts anderem als eben dieser Bequemlichkeitseinstellung. Ball¹⁾ erklärt sie aus einem Bedürfnis der Praxis nach festem Rechtsboden, aus einer Suche nach formalen Regeln, die es unnötig machten, sich in jedem einzelnen Falle auf Ermittlungen und lange Diskussionen einzulassen.

Wie indessen oben²⁾ schon festgestellt wurde, ist eine derartig generalisierende Betrachtungsweise, selbst wenn sie in vielen Fällen das richtige Ergebnis trifft, mit dem demokratischen Prinzip nicht zu vereinbaren. Um zu gewährleisten, daß eine dem Mehrheitswillen entsprechende Volksvertretung nicht ohne Not beseitigt wird, ist es vielmehr erforderlich, stets anhand der besonderen Umstände zu prüfen, ob sich der in concreto festgestellte Wahlfehler auf das Endergebnis auswirken konnte³⁾. Tut man dies und zieht man hierbei alle verfügbaren Aufklärungsmöglichkeiten heran, dann wird sich oft herausstellen, daß ein beim ersten Anblick für erheblich erachteter Verstoß in Wirklichkeit ohne Einfluß geblieben ist. Stets von Erheblichkeit, allerdings nur für ein einzelnes Mandat, sind überhaupt nur Fehler in bezug auf die persönliche Wählbarkeit eines Bewerbers (sog. passive Beteiligungsfehler)⁴⁾. Regelmäßig von Erheblichkeit sind ferner die rechtswidrige Zulassung bzw. Zurückweisung des Wahlvorschlages einer Partei oder Wählervereinigung. Aber schon bei dieser Fehlergruppe wäre eine Generalisierung fehl am Platze. Im Falle der unrechtmäßigen Zulassung z. B. ist es durchaus möglich, daß sich die Anzahl der Stimmen, die auf den Vorschlag entfallen ist, als so gering erweist, daß sich die Sitzverteilung selbst dann nicht ändern würde, wenn sämtliche Stimmen einem anderen Vorschlag zugute gekommen wären. Bei einer derartigen Sachlage besteht kein Grund zur

32) § 43 Abs. 3 des KommunalwahlG Rheinl.-Pfalz i. d. F. vom 6. 7. 1960 enthält z. B. folgende Formulierung: „... Verstöße . . . , die geeignet sein können, das Wahlergebnis wesentlich zu beeinflussen . . .“.

§ 24 Ziff. 2 des Hess. Gemeinde- und KreiswahlG i. d. F. vom 1. 7. 1960 spricht von „Unregelmäßigkeiten . . . , die von Einfluß gewesen sein können . . .“.

33) Greeve S. 73.

34) v. Mangoldt-Klein, Erl. III 1 e zu Art. 41 GG.

1) Ball S. 105.

2) Vgl. oben § 10 V.

3) Ebenso Piccenoni S. 147 unten: „Die Rekursbehörde hat die Erheblichkeit nach allen besonderen Umständen des konkreten Falles zu würdigen“.

4) In diesen Fällen muß der unwählbare Kandidat immer aus der Volksvertretung ausscheiden. Die weiteren Sanktionen sind unterschiedlich, je nachdem, ob es sich um eine Mehrheits- oder eine Verhältniswahl handelt, vgl. unten § 16 IV.

Ungültigkeitserklärung^{4a)}). Für den umgekehrten Fall hat Henrichs⁵⁾ anlässlich der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Verbot der Benachteiligung der „Rathausparteien“ mit Recht darauf hingewiesen, daß es nicht notwendig war, die saarländischen Gemeindewahlen auch dort zu wiederholen, wo weder vor noch nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes jemand daran gedacht hatte, außerhalb von Wahlvorschlägen der politischen Parteien zu kandidieren. Schließlich ist es zu begrüßen, wenn das Wahlprüfungsgericht beim Weimarer Reichstag trotz rechtswidriger Zurückweisung eines Wahlvorschlages im Einzelfall zur Aufrechterhaltung der Wahl gekommen ist⁶⁾).

Auf die besonderen Umstände des Falles muß erst recht bei weniger weitgreifenden Fehlern abgestellt werden. In Fällen der Falschbeteiligung von Wählern kann z. B. eine Beeinträchtigung erst dann angenommen werden, wenn sich die nicht in die Wählerliste aufgenommenen Stimmberechtigten am Wahltage eingefunden haben und nur wegen der fehlenden Eintragung zurückgewiesen wurden. Ist der Stimmberechtigte dagegen gar nicht erst an der Urne erschienen und hat er auch sonst nichts gegen das Übergehen seiner Person unternommen, insbesondere nicht von der Möglichkeit eines Einspruches gegen die Wählerkartei Gebrauch gemacht, dann darf wohl mit Fug angenommen werden, daß er auf die Ausübung seines Stimmrechtes verzichtet hat⁷⁾. Umgekehrt ist bei der Aufnahme von Nichtwahlberechtigten in die Liste eine andersgeartete Sitzverteilung überhaupt nur denkbar, wenn die eingetragenen, aber nicht wahlberechtigten Personen tatsächlich auch abgestimmt haben; anhand der Stimmlisten läßt sich das unschwer feststellen.

Am problematischsten gestaltet sich die Beurteilung der Erheblichkeit in den Fällen der rechtswidrigen Wahlbeeinflussung. Es bedarf dazu nicht nur einer großen Lebenserfahrung und psychologischer Kenntnisse, sondern immer auch eines gewissen Maßes an Fingerspitzengefühl. Bei dem sehr häufig gerügten Tatbestand der gemeinsamen Benutzung einer Wahlzelle durch Familienangehörige muß man etwa bedenken, daß dies regelmäßig nur aus Ungeschicklichkeit oder Vergeßlichkeit geschieht und nur in den seltensten Fällen in der Absicht, die Abstimmung des Ehepartners bzw. Verwandten zu kontrollieren oder in unzulässiger Weise zu beeinflussen. Gleichwohl stehen die Verwaltungsgerichte nach 1945 ganz überwiegend auf dem

4a) Vgl. Hettner in DJZ 1930 Sp. 1091 und 1931 Sp. 328/29.

5) Henrichs in NJW 1960, 1749 linke Sp. Schiller nimmt auf S. 49 zu Unrecht an, jede verfassungswidrige Wahlvorschrift über die Zulassung von Parteien führe zu einem unrichtigen Abstimmungsergebnis.

6) Vgl. das bei Ball S. 178 wiedergegebene Urteil vom 9. 10. 1924. Bei der zurückgewiesenen Partei handelte es sich um eine neugegründete. Da sie ihren Wahlvorschlag auf einen Wahlkreisverband beschränkt hatte, bestand nach den Ermittlungen des Gerichts nicht einmal eine geringe Wahrscheinlichkeit dafür, daß diese Partei einen Sitz errungen oder anderen Parteien nennenswerten Abbruch getan hätte. Erheblichkeitsprüfungen bei unrechtmäßigem Ausschluß einer Partei stellt ferner an der Hess. StGH in Lammers-Simons III, 342 ff.; vgl. auch Seifert, BWG 56 S. 327; Ball S. 237.

7) So Piccenoni S. 19; im Ergebnis ebenso, aber mit anderer Begründung: Seifert, BWG 56 S. 327 oben; Schiller S. 43 und das Hess. WPG in Hess. StAnz. 1949, 233/234 und 1951 Beilage Nr. 11, S. 295 ff. Anders steht es nur, wenn bei der Auslegung der Wählerverzeichnisses auf die Einspruchsmöglichkeit nicht hingewiesen wurde, vgl. VGH Kassel, Urt. vom 17. 10. 58 — OS II 261/57 (unveröffentlicht).

Standpunkt, daß ohne Rücksicht auf eine tatsächliche Einflußnahme bereits der gemeinsame Aufenthalt in der Wahlzelle die davon betroffenen Stimmen ungültig mache⁸⁾. Diese Meinung ist in ihrer Verallgemeinerung abzulehnen.

Ebenso muß man bei behördlichen Einflußversuchen stets vor Augen haben, daß sich diese oft gar nicht in die gewünschte Richtung auszuwirken brauchen. Vielfach wird sich amtlicher Druck aus einem Gefühl des Trotzes heraus — und weil die Abstimmung ja geheim erfolgt — gerade in das Gegenteil auswirken⁹⁾. Überhaupt wird man die Auswirkungen amtlicher Beeinflussungsversuche in einer Zeit der Skepsis gegenüber jeder Autorität nicht überschätzen dürfen¹⁰⁾. Wie das OLG Colmar¹¹⁾ darauf abzustellen, ob ein Gemeindediener bei Botengängen für einen Wahlbewerber die Amtsmütze trägt oder nicht, wäre unter den heutigen Gegebenheiten sicherlich unangebracht. Nach wie vor muß jedoch in Fällen der seelsorgerischen Einflußnahme Vorsicht geübt werden, weil hier im Gegensatz zu amtlichen Beeinflussungsversuchen das Moment der inneren Gewissensbindung eine entscheidende Rolle spielt. Dieser Gewissensbindung gegenüber bietet das Wahlgeheimnis nur ungenügenden Schutz¹²⁾. Wenn deswegen mit Rücksicht auf das Stimmgeheimnis verbreitet die Auffassung vertreten wird, daß rechtswidrige Wahlbeeinflussungen überhaupt keine Bedeutung haben könnten¹³⁾, so kann dem nur bedingt zugestimmt werden. Der Mißbrauch religiöser oder anderer seelischer Bindungen des Wählers wird jedenfalls durch diesen Satz nicht ausgeschlossen. Wie überall, so müssen auch hier letzten Endes die Umstände des Einzelfalles entscheiden.

Man wird vielleicht einwenden, dies alles seien recht ungewisse Kriterien zur Feststellung der Erheblichkeit. Die Beurteilung der Auswirkungen eines Wahlfehlers sei danach mehr eine psychologische denn eine juristisch faßbare Angelegenheit. Gerade das stehe aber im Widerspruch zu der hier vertretenen These, wonach die Wahlprüfung sich an Rechtsgrundsätzen und nicht an spekulativen Überlegungen zu orientieren habe. — Zweifellos wäre ein solcher Einwand nicht ganz unberechtigt. Ihm ist jedoch entgegenzuhalten, daß es ein Erfordernis sowohl des demokratischen Prinzips als auch der

8) Vgl. VGH Kassel in Hess. StAnz. 1949, 106; 1950 Beilage 1 zu Nr. 17, S. 2 und in ESVGHE 2, 177 ff. (Leitsatz 4); VGH Stuttgart in ESVGHE 5, 169; OVG Koblenz in AS-Rh-Pf 3, 394 ff.; OVG Münster in OVG 8, 42 und in DÖV 1959, 458 und OVG Lüneburg in OVG 12, 418 ff., wo es auf S. 420 heißt: „Ob tatsächlich eine Beeinflussung stattgefunden hat, oder ob sie unterblieben ist, weil die Ehepaare sich schon vorher über den zu wählenden Kandidaten einig waren, ist nicht entscheidend...“ Auf einem ebenso einseitigen gegenteiligen Standpunkt stand das RWPG der Weimarer Zeit, das derartige Verstöße generell für unbeachtlich erklärte, vgl. Ball S. 172.

9) Vgl. das unten unter II 1 (Beispiel 2) wiedergegebene Universitätsgutachten.

10) Die bis 1918 von den Parlamenten gehandhabte strenge Praxis gegenüber jeder Art von behördlichen Einflüssen muß einmal unter dem charismatischen Charakter gesehen werden, den man im Kaiserreich behördlichen Äußerungen beilegte, zum anderen aber auch unter dem scharfen Gegensatz zwischen Krone und Parlament. Bezeichnend ist es, daß in der Schweiz behördlichen Einflüssen regelmäßig überhaupt keine Bedeutung beigemessen wurde, vgl. Piccenoni, S. 77.

11) Vgl. Ball S. 81.

12) Vgl. Piccenoni S. 78; ferner das OLG Colmar, wiedergegeben in DJZ 1912 Sp. 308.

13) Vertreter dieser Auffassung sind u. a.: Seydel in Hirths Annalen 1880, 386 ff.; Leser S. 98 f.; v. Mohl, Kritische Erörterungen, S. 572 und 578 f. Auch in der Praxis des Norddeutschen Bundes wurden Wahlbeeinflussungen im Hinblick auf das neu eingeführte Abstimmungsgeheimnis generell für unbeachtlich erklärt, vgl. Hatschek, Parlamentsrecht, S. 551 und Ball S. 58.

Organbildungsfunktion ist, die Auswirkungen eines Wahlfehlers möglichst genau zu ermitteln. Weder darf der Wahlakt leichtfertig für ungültig noch darf er großzügig für gültig erklärt werden. Im übrigen verhält es sich mit der Erheblichkeitsprüfung nicht anders wie mit anderen Kausalitätsproblemen. Auch im Zivilrecht etwa muß von Fall zu Fall geprüft werden, ob eine bestimmte Handlung einen Erfolg herbeizuführen geeignet ist. Auch dort kommt es für die Beurteilung weitgehend nicht auf naturwissenschaftlich-exakte Denkkategorien, sondern auf die Lebenserfahrung und die Umstände des Einzelfalles an. Gerade weil sich aber für das Gebiet der Wahlprüfung allgemeingültige Regeln über Ursache und Wirkung so schwer aufstellen lassen, kann auf ein Leitprinzip nicht verzichtet werden, wie nämlich zu entscheiden ist, wenn trotz aller Bemühungen nicht festgestellt werden kann, ob sich ein Wahlfehler auf die Sitzverteilung ausgewirkt hat: Um für alle Fälle eine Beeinträchtigung des Mehrheitswillens auszuschließen, muß im Zweifel eine Auswirkung auf die Sitzverteilung angenommen werden¹⁴⁾.

II. Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit

Zu erörtern bleibt nun aber noch, ob schon die theoretisch-gedankliche Möglichkeit einer andersgearteten Sitzverteilung wahlprüfungsrechtliche Sanktionen auslösen muß, oder ob bei der Erheblichkeitsprüfung gewisse Wahrscheinlichkeitsmaßstäbe zugrunde gelegt werden können. Es ist dies die praktisch bedeutsamste Frage des materiellen Wahlprüfungsrechts, denn je nachdem, ob man sich am denkbar ungünstigsten Extremfall oder am Wahrscheinlichen orientiert, fallen die Ergebnisse natürlich ganz unterschiedlich aus. Einigkeit in dieser Frage ist bisher nicht erzielt worden. Walz¹⁵⁾, Jebens¹⁶⁾ und Schiller¹⁷⁾ z. B. wollen grundsätzlich die entfernteste Möglichkeit eines Einflusses berücksichtigen. Stier-Somlo¹⁸⁾, Jellinek¹⁹⁾, Draht²⁰⁾ und Greeve²¹⁾ hingegen fordern mit der überwiegenden Rechtsprechung²²⁾ eine gewisse Wahrscheinlichkeit der Auswirkung — Richtiger Ansicht nach kann das Problem einheitlich weder in diesem noch in jenem Sinne gelöst werden. Nach dem Grade der Ungewißheit ist vielmehr von vornherein zwischen zwei Fehlergruppen zu unterscheiden: Diejenigen Verstöße, bei denen gar nicht feststeht, ob sie sich überhaupt und gegebenenfalls in welchem Umfang sie sich ausgewirkt haben, müssen getrennt werden

14) Vgl. oben § 11 III am Ende.

15) Walz, zitiert nach Ball S. 19.

16) Jebens S. 113; auf dem gleichen Standpunkt steht offenbar auch Piccenoni S. 149 oben.

17) Schiller S. 102/103 und S. 106 ff.

18) Stier-Somlo im Verwaltungsarchiv 1904 (Bd. 12), 441.

19) Walter Jellinek in HdbDtStR I, 630.

20) Draht S. 3, Fußnote 4 und S. 17 ff.

21) Greeve S. 74, Fußnote 1.

22) Vgl. neben dem unten zitierten Urteil des VGH Kassel vom 22. 11. 1957: OVG Münster in OVG 8, 45 = DÖV 1956, 316 und in DÖV 1959, 458; VGH Stuttgart in OV 1949, 357 am Ende und in ESVGHE 8, 77/78; im gleichen Sinne auch Pr. OVG in Pr. VBl. Jg. 52, 636 und die Rechtsprechung beim Wahlprüfungsgericht der Weimarer Zeit, vgl. Pr. VBl. Jg. 47, 527/28 und Ball S. 172. A. A. z. B.: VGH München in VGHE N. F. 14, 47 ff. (50) und unten Anm. 25.

von denen, bei denen eine Verfälschung des Stimmenergebnisses sicher und ziffernmäßig bekannt ist, bei denen man nur nicht weiß, in welche Richtung sie sich ausgewirkt haben.

1. Zu den Verstößen der ersterwähnten Art gehören u. a. das gesetzwidrige Zurückweisen eines Wahlvorschlages²³⁾, die Mißachtung von Vorschriften zum Schutze der Freiheit und Geheimheit der Abstimmung, die Nichteinhaltung der Wahltermine, die Irreführung von Wählern durch falsche Bekanntmachungen o. ä. sowie überhaupt alle Arten von rechtswidriger Wahlbeeinflussung. Liegt einer dieser Fälle vor, dann läßt sich mit mathematischer Sicherheit niemals sagen, daß das Wahlergebnis ohne den Fehler nicht anders ausgesehen hätte. Man kennt weder den Umfang und die Richtung der Auswirkung, noch weiß man, ob der Fehler auf die Wählerstimmen überhaupt Einfluß hatte; es sind viele Möglichkeiten denkbar.

Wer ganz sicher gehen will, muß bei Fehlern dieser Art immer die denkbar ungünstigste Möglichkeit zugrundelegen und so entscheiden, wie es das OVG Koblenz²⁴⁾ im folgenden Beispiel getan hat.

Beispiel 1: Gegenstand der Entscheidung des OVG Koblenz war eine Gemeindewahl, bei der auf den Stimmzetteln versehentlich die Listennummern vertauscht worden waren. Eine Partei, die im Wahlkampf unter der Listennummer 4 geworben hatte, erschien auf dem Stimmzettel unter der Nummer 5. Das Gericht sah hierin einen Verstoß gegen das Wahlgesetz. Es ordnete die Vernehmung eines Wahlsachverständigen an, der in seinem Gutachten ausführte, von den insgesamt 556 als ungültig zu behandelnden Stimmen sei außerdemfalls in 312 Fällen die Unwirksamkeit der Abstimmung auf eine Verwirrung der Wähler durch die veränderten Listennummern zurückzuführen. Um zu einer anderen Sitzverteilung zu gelangen, hätten sich mindestens 239 von diesen 312 Stimmen auf einen einzigen Wahlvorschlag vereinigen müssen. Obwohl der Sachverständige wegen der Art des Verstoßes beide Möglichkeiten als sehr unwahrscheinlich bezeichnet hatte, erklärte das OVG die Wahl für ungültig. In den Urteilsgründen heißt es: „... Wenn auch nach dem Gutachten des Sachverständigen der Beweis, daß die Sitzverteilung anders ausgefallen wäre, nicht mit mathematischer Sicherheit geführt werden kann, so ist andererseits die bloße Möglichkeit einer anderen Sitzverteilung nicht ausgeschlossen. Man mag sogar der Auffassung sein, daß nach Lage der Dinge eine Änderung der Sitzverteilung im höchsten Maße unwahrscheinlich (!) ist. Jedoch reicht diese Annahme nicht aus, die Möglichkeit einer Sitzveränderung völlig auszuschließen. Wenn ein erheblicher Verstoß gegen die Wahlvorschriften die Möglichkeit einer Änderung der Sitze in sich birgt und nicht mit mathematischer Sicherheit bewiesen werden kann, daß eine Sitzveränderung auf Grund des Verstoßes ausgeschlossen ist, so ist die Wahl für ungültig zu erklären ...“²⁵⁾.

²³⁾ Nicht hierher gehört hingegen die rechtswidrige Zulassung einer Partei zur Teilnahme an der Wahl. Im Gegensatz zur rechtswidrigen Zurückweisung eines Wahlvorschlages läßt sich nämlich im Falle der unberechtigten Teilnahme der Umfang der Auswirkung leicht anhand der für die Partei abgegebenen Stimmen ermitteln.

²⁴⁾ OVG Koblenz in AS Rh-Pf 2, 228 ff. Einen Parallellfall bietet die Entscheidung des Bezirksgerichtes Stade in VerwRspr. 1, 204 ff.: Parteibezeichnung SDP statt SPD.

²⁵⁾ a. a. O. S. 233/34 unter Anführung der gleichliegenden Auffassung des VGH München N. F. 3, 81 ff.; die gleiche Auffassung hat das OVG Koblenz später auch für Wahlen nach dem BundespersonalvertretungsG vertreten, vgl. AS Rh-Pf 7, 111 (114).

Wer hingegen großzügiger ist, wird wie der VGH Kassel²⁶⁾ verfahren, als er über einen Sachverhalt zu entscheiden hatte, der dem des vorerwähnten Falles nicht unähnlich ist.

Beispiel 2: Vor dem VGH Kassel stand die Gültigkeit einer Kreistagswahl zur Debatte, bei der auf den Stimmzetteln die Parteiabkürzungen CDU und SPD stärker und mit höheren Buchstaben gedruckt waren als die Namen der gleichfalls kandidierenden Wählergemeinschaften. Zu den möglichen Reaktionen der Wählerschaft auf einen derartig unterschiedlichen Druck wurde in einem eigens eingeholten Universitätsgutachten erklärt, daß im Widerstreit der Propagandaintressen die meisten Individuen ihre bisherige Position versteifen. Soweit sie noch relativ unentschieden gewesen seien, hätten die Wähler, den Weg der risikolosen Mitte gehend, eher den kleinen Gruppen als den großen Parteien zugeneigt. Da sich im konkreten Falle von den über 18 000 Wahlberechtigten schon eine sehr beträchtliche Anzahl von Wählern hätte beeinflussen lassen müssen, um zu einer anderen Sitzverteilung zu gelangen, hielt der VGH Kassel eine Auswirkung zwar nicht für ausgeschlossen, aber für unwahrscheinlich; im Gegensatz zur Vorinstanz erklärte er die Wahl für gültig.

Wägt man die beiden Positionen gegeneinander ab, dann ist zuzugeben, daß eine Beeinträchtigung des demokratischen Prinzips mit absoluter Sicherheit nur ausgeschlossen ist, wenn man wie das OVG Koblenz generell von der ungünstigsten Möglichkeit ausgeht. Andererseits muß man sich jedoch fragen, ob mit dieser Betrachtungsweise nicht des Guten zuviel getan wird. Denn unverkennbar trifft doch die denkbar ungünstigste Möglichkeit in der Regel nicht die wirklichen Gegebenheiten. Auf sie abzustellen bedeutet, die Entscheidung auf lebensfremde und unwahrscheinliche Kausalverläufe aufzubauen. Gerade damit wird aber das demokratische Prinzip im Ergebnis öfter verletzt als geschützt werden. Fragwürdig ist die vom OVG Koblenz eingeschlagene Methode insbesondere deshalb, weil nicht nur eine, sondern eine ganze Reihe von Hypothesen eingetreten sein müssen, um die erforderliche Verbindung zwischen Wahlfehler und Sitzverteilung herzustellen. So mußte daß OVG bei seiner Entscheidung zunächst einmal unterstellen, daß sich über 200 Wähler nur an die Listennummern geklammert hatten und nicht einmal mehr den Namen der Wählergruppe kannten, der sie ihre Stimme geben wollten. Es mußte ferner angenommen werden, daß keiner der Wähler eine etwa eingetretene Verwirrung bereinigen konnte und schließlich, daß sich mindestens 239 verwirrte Stimmen auf einen einzigen Wahlvorschlag vereinigt hatten. Schon die erste Annahme, auf der die beiden anderen aufbauen, ist im höchsten Maße lebensfremd. Sie setzt bei den Wählern einen Grad der Unwissenheit voraus, den man kaum unterstellen kann, jedenfalls nicht in dem Umfang, wie er im konkreten Fall für eine Sitzveränderung erforderlich war. Eine auch nur einigermaßen bedeutsame Auswirkung mußte ferner deshalb zweifelhaft erscheinen, weil während der Abstimmungsverhandlung kein einziger Wähler wegen der vertauschten Listennummern

²⁶⁾ VGH Kassel, Urt. vom 22. 11. 1957 — OS I 88/57 (unveröffentlicht).

angefragt hatte²⁷⁾. Wie das OVG selbst sagt, war es also schon von den ersten beiden Hypothesen her gesehen „im höchsten Maße unwahrscheinlich“, daß sich das unterlaufene Versehen bei einer größeren Anzahl von Personen ausgewirkt hatte. Berücksichtigt werden hätte schließlich müssen, daß nach der Art des Verstoßes keinerlei Anhaltspunkte für eine einheitliche Reaktion der Wähler gegeben waren, daß also etwa doch in Verwirrung gebrachte Wähler nicht unbedingt für denselben Vorschlag gestimmt zu haben brauchten. Da infolgedessen die vom Sachverständigen errechnete Mindeststimmenzahl für eine Sitzveränderung getrost hätte höher angesetzt werden können²⁸⁾, wurde eine für das Ergebnis erhebliche Einwirkung noch unwahrscheinlicher als sie es schon nach den ersten beiden Hypothesen war. Umgekehrt mußte eine Beeinträchtigung des Mehrheitswillens wahrscheinlich erscheinen, wenn man die Wahl gleichwohl für ungültig erklären wollte.

Aber nicht nur wegen der Unantastbarkeit der Mehrheitsentscheidung, sondern auch im Interesse der Organbildungsfunktion erscheint es richtiger, dort, wo nicht einmal die Beeinflussung der Stimmenverhältnisse sicher ist, für den Kausalitätsnachweis mit der überwiegenden Rechtsprechung²⁹⁾ eine Auswirkung von „greifbarer Nähe“ zu fordern. Praktisch würde nämlich kaum eine Wahl bestehen bleiben können, wenn auch die unwahrscheinliche, aber theoretisch mögliche Beeinflussung als ausreichend angesehen wird. Eine Bundestagswahl etwa, bei der die eine Partei die Wahl der anderen als den „zwangsläufigen Atomtod“ oder den „Untergang Deutschlands“³⁰⁾ bezeichnet, müßte — wenn man das als rechtswidrig ansieht³¹⁾ — immer aufgehoben werden. Denn sicherlich ist es denkbar und nicht mit absoluter Sicherheit auszuschließen, daß sich einige tausend Wähler durch solche Parolen für die Wahl einer anderen Partei entschließen. Wahrscheinlich ist eine derartige Auswirkung jedoch nicht. Es kann im Gegenteil sogar als äußerst unwahrscheinlich angesehen werden, daß sich eine so stattliche Anzahl von Wählern, wie sie zu einer Sitzveränderung im Bundestag erforderlich ist, ausschließlich unter dem Eindruck derartiger Wahlparolen für eine andere Richtung entschieden hat. Denn nur dann, wenn die Wähler ihren Entschluß ausschließlich durch die „Zwangsläufigkeit“ des mit der Wahl verbundenen „Unterganges“ oder „Atomtodes“ geändert haben, wenn sie also blindlings an die innere Folgerichtigkeit solcher Äußerungen glaubten und ihre Abstimmung dadurch unfrei wurde³²⁾, ist eine rechtswidrige Wahlbeeinflussung für ihren Entschluß ursächlich gewesen. Von einigen überempfindlichen Naturen abgesehen, wird

27) Jedenfalls enthält das Urteil des OVG Koblenz keine diesbezügliche Feststellungen.

28) Die gleiche Erwägung findet sich in dem Urteil des VGH Kassel a. a. O.

29) Vgl. die oben Anm. 22 zitierten Entscheidungen.

30) So Bundeskanzler Adenauer auf dem Nürnberger Parteitag der CSU von 1957 (vgl. den Wortlaut der Rede im „Spiegel“ vom 17. 7. 1957 Nr. 29 S. 16).

31) was zweifelhaft sein mag. Immerhin ist aber die Beleidigungsfähigkeit politischer Parteien anerkannt (vgl. LG Würzburg in NJW 1959, 1934) und es mehrten sich in neuerer Zeit die Stimmen, die in politischen Verleumdungen, auch wenn sie im Wahlkampf erfolgen, einen beachtlichen Wahlanfechtungsgrund sehen wollen, vgl. VGH Stuttgart in DÖV 1949, 399 sowie in ESVGHE 7, 98 ff. (101) und 8, 77 f.; Seifert, BWG 56 S. 331 oben und Drath S. 63, ferner OVG Lüneburg in OVG 12, 399 = VerwRSpr. 11, 71 ff. (75).

32) Vgl. in diesem Zusammenhang Schiller S. 44 unter c); Seifert BWG 56 S. 331.

sich der ganz überwiegende Teil der Wählerschaft durch Wahlpropaganda der erwähnten Art nicht hypnotisiert zeigen. Sofern sich daher in dem angeführten Beispiel keine bestimmten Anhaltspunkte für eine einigermaßen verbreitete Schockwirkung ergeben, müßte eine Auswirkung auf die Sitzverteilung als unwahrscheinlich bezeichnet werden³³⁾.

Würde die rein theoretische Möglichkeit genügen, dann müßte ferner eine Wahl schon dann aufgehoben werden, wenn die Wahlzelle — und sei es nur versehentlich — nicht genügend abgedichtet war oder wenn in anderer Weise gegen Schutzbestimmungen verstoßen wurde. Derartige Tatbestände werden sehr häufig gerügt. Meistens liegen aber keinerlei Anhaltspunkte vor, daß die Wähler beim Ausfüllen der Stimmzettel beobachtet wurden, oder daß sie sich sonstwie in der Ausübung ihres Wahlrechts beeinträchtigt fühlten. Hieße es da nicht „das Kind mit dem Bade ausschütten“, wenn unter solchen Umständen die ganze Wahl für ungültig erklärt würde? Gewiß, auch hier kann in aller Regel der Nachweis der Unerheblichkeit mathematisch genau nicht erbracht werden. Über die insoweit bestehenden Bedenken hat sich die Praxis jedoch mit Recht hinweggesetzt. Sie hat bei ungenügender Abdichtung der Wahlzelle Sanktionen nur dort verhängt, wo sich auf Grund der Beweisaufnahme ernstliche Verdachtsgründe für eine Gefährdung des Wahlgeheimnisses ergaben³⁴⁾. Ebenso wurde das Dulden von Wahlaufrufen oder Flüsterpropaganda im Wahllokal nur dann für beachtlich erklärt, wenn sich konkrete Anhaltspunkte für eine einigermaßen verbreitete Auswirkung ergeben hatten³⁵⁾.

Daß das Erfordernis einer gewissen Wahrscheinlichkeit des Einflusses die Abgrenzung in der Praxis wesentlich schwieriger gestaltet, ist nicht zu verkennen. Zur Vermeidung unnötiger Kassationen muß an diesem Erfordernis jedoch festgehalten werden³⁶⁾. Um nun aber im Rahmen des Vertretbaren jede irgendwie ersichtliche Beeinträchtigung auszuschließen, erscheint es richtiger, analog zur zivilrechtlichen Adäquanztheorie³⁷⁾ eine negative Formulierung zu verwenden, d. h. eine Auswirkung nicht erst dann anzunehmen, wenn sie „in greifbare Nähe“ gerückt ist, sondern immer schon dann, wenn nicht nach den Umständen des Falles eine Beeinflussung der Sitzverteilung äußerst unwahrscheinlich ist.

2. Anders als die soeben erörterten Fehlergruppen sind die relativ seltenen Stimmenverfälschungen während oder nach der Abstimmungsverhandlung und die sog. aktiven Beteiligungsfehler zu behandeln, die dadurch entstehen,

33) Über ähnliche Erwägungen in der Praxis des OLG Colmar, vgl. Modk in DJZ 1912, Sp. 311. Daß z. B. durch die Hingabe einiger Kartoffeln an einen Wähler im allgemeinen eine Bestechung nicht möglich ist, hat das RWPG der Weimarer Zeit zutreffend festgestellt, vgl. Ball S. 171.

34) So schon die Praxis des ersten Deutschen Reichstages und des OLG Colmar, vgl. Ball S. 68 und 85. Aus der neueren Rechtsprechung vgl. OVG Lüneburg in OVG 12, 418 ff. und die unten § 13 Anm. 22 wiedergegebene Entscheidung des Hess. WPG vom 24. 3. 1949; zustimmend zu dieser Praxis: Draht S. 69 ff.

35) Vgl. RWPG in Pr. Vbl. Jg. 47, 527/28; VGH München in VGHE N. F. 11, 43 sowie VGH Kassel, Urteil vom 23. 2. 1949 — OS Nr. 223/48 — (unveröffentlicht).

36) Vgl. oben unter I.

37) Vgl. Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., Tübingen 1958, S. 66 Fußnote 7.

daß Stimmberechtigte zu Unrecht von der Teilnahme am Wahlakt ausgeschlossen³⁸⁾ oder Nichtstimmberechtigte zugelassen wurden. Im Gegensatz zu den unter 1. erörterten Tatbeständen ist der Grad der Ungewißheit bei diesen Fehlern ein sehr geringer. Es läßt sich bei ihnen anhand der Wählerkarteien oder durch einen Vergleich der Abstimmungslisten mit den in der Urne vorhandenen Stimmzetteln unschwer feststellen, wer zu Unrecht teilgenommen bzw. nicht teilgenommen hat. Auf die gleiche Weise läßt sich feststellen, ob und wieviele Stimmzettel entfernt oder hinzugefügt wurden. Variationsmöglichkeiten bestehen überhaupt nur noch insofern, als man nicht weiß, welchem Wahlvorschlag die zuviel oder zu wenig vorhandenen Stimmen ab- bzw. zugerechnet werden müßten.

Trotz des danach bestehenden Unterschiedes zu den Fehlern der ersten Gruppe glaubte das Wahlprüfungsgericht der Weimarer Zeit, auch bei aktiven Beteiligungsfehlern mit Wahrscheinlichkeitserwägungen operieren zu können. Von der Überlegung ausgehend, daß nicht alle zuviel oder zu wenig abgegebenen Stimmen auf einen Vorschlag entfallen wären, zog es in den Fällen, in denen zuviel Stimmen vorhanden waren, dem einzelnen Wahlvorschlag nach der Reihenfolge der jeweils höchsten Stimmenzahl solange je eine Stimme ab, bis die Zahl der zuviel abgegebenen Stimmen erreicht war³⁹⁾. Waren umgekehrt wahlberechtigte Bürger zu Unrecht zurückgewiesen worden, dann zählte es den Wahlvorschlägen nach der gleichen Reihenfolge die entsprechende Stimmenzahl hinzu⁴⁰⁾. Es erklärte einen Beteiligungsfehler nur dort für erheblich, wo auf Grund der so „verbesserten“ Stimmenergebnisse die Sitzverteilung anders ausgesehen hätte.

Dieses Verfahren des Wahlprüfungsgerichts stieß schon in der Weimarer Zeit auf Widerspruch. H e t t n e r⁴¹⁾ bezeichnete es als willkürlich und gab zu bedenken, daß es „nur in den seltensten Fällen gerade die Partei treffe, für die die ungültige Stimme abgegeben war oder die nicht zugelassene hätte abgegeben werden sollen“. Die Einwände H e t t n e r s, die im wesentlichen mit den zuvor bereits von D r a t h⁴²⁾ geäußerten Bedenken übereinstimmen, sind überzeugend, obwohl beide Autoren glaubten, sie aus Zweckmäßigkeitsgründen zurückstellen zu müssen. In einem Fall nämlich, wo nicht nur die Verfälschung des Wahlergebnisses sicher, sondern auch der Umfang der Beeinträchtigung bekannt ist, läuft jeder Kompensationsversuch Gefahr, die Dinge nur noch zu verschlimmern. Ein Fehler, der bisher eine Auswirkung nicht gehabt hat, kann gerade erst durch seine Aufteilung die Unrichtigkeit

38) Daß hierzu die Fälle nicht zählen, in denen sich ein Wahlberechtigter um seine Aufnahme in die Wählerliste nicht bemüht hat, wurde bereits vermerkt.

39) Vgl. z. B. E. vom 21. 11. 1920 in Pr. VBl. Jg. 42, 208 unter VIII); E. vom 3. 12. 1920, daselbst; E. vom 2. 11. 1920 in Pr. VBl. Jg. 42, 338/9 unter 4a). In gleicher Weise verfuhr übrigens auch das Preuß. WPG, wenn sich herausstellte, daß das Wahlgeheimnis in bestimmten einzelnen Fällen nicht gewahrt worden war, vgl. Pr. VBl. Jg. 50, 531 (zu § 37 WO); Pr. VBl. Jg. 46, 228.

40) Vgl. Schiller S. 63. Seit der Entscheidung vom 8. 6. 1925 (Pr. VBl. Jg. 47, 553) trat in der Praxis des RWPG eine gewisse Verfeinerung ein. Der Abzug bzw. die Hinzuzählung erfolgten nicht mehr nach der Reihenfolge der jeweils höchsten Stimmenzahl, sondern nach dem d'Hondtschen Verfahren. An der Methodik änderte sich hierdurch jedoch grundsätzlich nichts.

41) Hettner in DJZ 1930, Sp. 1092.

42) Draht S. 10 ff.

des Wahlergebnisses herbeiführen. Umgekehrt können durch die vom Wahlprüfungsgericht praktizierte Aufteilung erhebliche Verstöße übergangen werden. Das letztere wird deutlich insbesondere an den Fällen, bei denen die Wahlurne mehr Stimmzettel enthält als Wahlberechtigte im Abstimmungsprotokoll verzeichnet sind. Hier besteht regelmäßig der Verdacht einer gezielten Wahlfälschung, denn es wird sich kaum jemand ohne Grund einer Bestrafung wegen Doppelabstimmung (§ 107 a StGB) aussetzen. Es liefe infolgedessen der Lebenserfahrung geradezu zuwider, wenn trotz des Verdachtes, daß alle zuviel vorhandenen Stimmzettel einem einzigen Vorschlag zugute gekommen sind, im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung die zuviel abgegebenen Stimmen anteilig verteilt würden. Nicht nur aus diesen Gründen verbieten sich aber die vom Wahlprüfungsgericht angestellten Wahrscheinlichkeitsberechnungen, sondern vor allem auch deshalb, weil keine Wahlprüfungsinstanz, weder das Parlament noch ein Gericht, dazu befugt ist, das Stimmenergebnis nach Gutdünken zu verbessern und damit an die Stelle der Wählerentscheidung die eigene zu setzen⁴³⁾.

Im Gegensatz zur ersten Fehlergruppe muß demzufolge bei aktiven Beteiligungsfehlern und in den Fällen der Stimmenverfälschung regelmäßig von der denkbar ungünstigen Möglichkeit ausgegangen werden. Auch hier sind letztlich zwar die Umstände des Einzelfalles entscheidend, jedoch werden Fehler der zweiten Gruppe in aller Regel nur dann unberücksichtigt bleiben können, wenn sich selbst beim Ab- bzw. Hinzuzählen sämtlicher zuviel oder zuwenig abgegebenen Stimmen bei jedem einzelnen Wahlvorschlag an der Sitzverteilung nichts verändern würde⁴⁴⁾. Ausgleichsberechnungen, wie sie das Wahlprüfungsgericht angestellt hat, sind auf keinen Fall zulässig.

§ 13 Die Beweismittel

Die Schwierigkeiten bei der Erheblichkeitsprüfung sind nun aber keineswegs so unüberwindlich, wie das nach dem Vorangegangenen den Anschein hat. Nicht immer bleiben die Wahlprüfungsorgane auf Kombinationen angewiesen, wie es vielleicht gewesen sein könnte oder was ein Durchschnittsmensch unter diesen oder jenen Umständen getan hätte. Es bieten sich ihnen eine Reihe von Erkenntnismitteln, die die Beurteilung des Einflusses eines Wahlfehlers ganz wesentlich erleichtern. Daß die Wahlprüfungsorgane zur Vermeidung unnötiger Kassationen diese Erkenntnismittel voll ausschöpfen müssen und bei bestehenden Unklarheiten nicht einfach von der Erheblichkeit eines Verstoßes ausgehen dürfen, wurde bereits vermerkt¹⁾. Es ergibt sich damit die Frage nach den im Wahlprüfungsverfahren zulässigen Beweismitteln.

⁴³⁾ So mit Recht Schiller S. 65.

⁴⁴⁾ Im Ergebnis wie hier: Pr. OVG 78, 37 ff. (42) und Pr. VBl. Jg. 43, 213. Schiller S. 63 ff., 102 ff.; Piccenoni S. 144/45, der von der denkbar ungünstigsten Möglichkeit allerdings auch bei strafbaren Wahlbeeinflussungen (S. 145) und nicht ordnungsgemäßer Einberufung der Wahlverhandlungen ausgehen will (S. 146 oben).

¹⁾ Vgl. oben § 12 I.

1. Die Wählereinvernahme

In einer ganzen Reihe von Fällen, so etwa bei der Teilnahme von zu vielen oder zu wenig Wählern, im Falle des Stimmenkaufs oder der Verletzung von Schutzbestimmungen und nicht zuletzt auch bei rechtswidrigen Wahlbeeinflussungen aller Art, ließe sich — wenn die Unerheblichkeit des betreffenden Verstoßes nicht von vornherein feststeht — ein Bild über die Auswirkungen viel leichter gewinnen, wenn man die Wähler über ihre tatsächliche oder beabsichtigte Stimmenabgabe bzw. darüber befragen könnte, ob sie gegen ihre Überzeugung abstimmen mußten. Erfolgversprechend wäre ein derartiges Verfahren allerdings nur, wenn der Kreis der betroffenen Wähler einigermaßen bekannt und nicht allzu groß ist. Im Falle der rechtswidrigen Zurückweisung eines Wahlvorschlages z. B. wäre es ein Unding, sich bei jedem einzelnen Wahlberechtigten zu erkundigen, ob er vielleicht die ausgeschlossene Partei wählen wollte. Wo sich dagegen — wie in den eingangs genannten Beispielen — der Verstoß auf eine erfassbare Anzahl von Wahlberechtigten begrenzt, wäre die Vernehmung des Wählers zur Beseitigung von Zweifeln durchaus geeignet. Sie ist das an sich naheliegendste Erkenntnismittel.

1. Die Einvernahme des Wählers über den Inhalt seiner Abstimmung stößt jedoch auf den verfassungsmäßig seit langem verankerten Schutz des Wahlheimnisses. Daß man wegen dieses Grundsatzes den Wähler nicht gegen seinen Willen über den Inhalt seiner Stimmabgabe befragen darf, steht außer Zweifel und bedarf keiner Erörterung. Wie aber, wenn sich die Wähler hierzu — was häufig vorkommt — freiwillig erbieten? Hier wird vielfach die Auffassung vertreten, das Wahlheimnis diene nur dem Schutz des einzelnen Wählers und könne deswegen von ihm selbst unbedenklich preisgegeben werden²). Wohl aus dieser Überlegung heraus deutete die Praxis des ersten Deutschen Reichstages seit Anfang der neunziger Jahre den Grundsatz des Wahlheimnisses als bloßes Zeugnisverweigerungsrecht. Sie erklärte die Einvernahme von Wählern für zulässig, wenn und soweit sie sich nach Belehrung über ihr Weigerungsrecht zur Aussage bereitfanden³). Mit dieser Auffassung hat der Reichstag allerdings wenig Anklang gefunden. Wie früher schon der Reichstag beim Norddeutschen Bund⁴), so erklärte auch das OLG Colmar⁵) die Einvernahme von Wählern über den Inhalt der

2) So z. B. v. Mohl, Kritische Erörterungen, S. 593; Hatschek, Parlamentsrecht, S. 371; Kaisenberg, Wahlfreiheit, S. 163; Piccenoni S. 97; VerfGH von Rheinland-Pfalz in AS Rh-Pf 2, 181; VGH München in VGHE N. F. 2, 129 = VerwRspr. 2, 428. Die gleiche Auffassung vertritt unter Berufung auf die Arbeit von Drath auch Carl Schmitt in der Verfassungslehre S. 246. Im Gegensatz zu den erwähnten Äußerungen wendet sich Schmitt aber gegen die geheime Abstimmung als solche. Für ihn ist sie eine undemokratische, „innerlich unmögliche Prozedur“, weil sie den Bürger seiner öffentlichen Funktion entkleidet und dem Akt des Wählens die elementare Einheitlichkeit nimmt, vgl. dazu Peter Schneider, Ausnahmezustand und Norm, S. 148/49 und 151.

3) Vgl. Hatschek, Parlamentsrecht, S. 535. Befürwortet wurde die Praxis des Reichstages u. a. durch v. Mohl, a. a. O. S. 580 und 593/94 und Drath S. 12 und 75 ff.

4) Vgl. Ball S. 56.

5) Vgl. Ball S. 80. Gegen die Praxis des Reichstages haben sich ferner Laband, Staatsrecht, Bd. I, S. 326 Fußnote 6; Rosenthal S. 32 und 43 und Seydel in Hirths Annalen 1880, 386 ff. ausgesprochen.

Abstimmung schlechthin für unzulässig. Das Wahlprüfungsgericht beim Reichstag der Weimarer Zeit⁶⁾ hielt das Wahlgeheimnis ebenfalls für unverzichtbar und wies in ständiger Praxis jedes Anerbieten zur freiwilligen Aussage zurück. Hatte der Wähler seine Abstimmung bereits offenbart, dann ließ das Wahlprüfungsgericht derartige Erklärungen unbeachtet⁷⁾.

Auf demselben Standpunkt wie das Wahlprüfungsgericht steht offensichtlich auch der Wahlprüfungsausschuß beim Bundestag. Als nach den Bundestagswahlen von 1949 in einem Wahleinspruch u. a. gerügt wurde, das amtliche Wahlergebnis eines Ortes verzeichne für die KPD nur eine Stimme, obwohl drei Wähler an Eidesstatt versichert hätten, für diese Partei gestimmt zu haben, vernahm der Ausschuß nicht — was das Nächstliegende gewesen wäre — die angeblichen KPD-Wähler, sondern übergang das Beweisangebot. Er beschränkte sich darauf, den Wahlvorstand über die Richtigkeit der Stimmenauswertung zu vernehmen⁸⁾. Wenn der Ausschuß ausdrücklich auch keine Stellung genommen hat, so wird man seinem Vorgehen doch entnehmen dürfen, daß auch er Wähleraussagen über den Inhalt der Stimmenabgabe generell für unzulässig hält. Das entspricht jedenfalls der heute in Literatur und Rechtsprechung ganz überwiegend vertretenen Auffassung⁹⁾.

Ganz ausgetragen ist die Streitfrage indessen auch heute noch nicht. Im Interesse der Aufrechterhaltung einer Wahl wollen neuerdings wieder Becker¹⁰⁾ und Seifert¹¹⁾ die Wählervernehmung entsprechend der alten Reichstagspraxis zulassen. Sie stützen sich auf die These, daß der Wähler das Wahlgeheimnis ja ohnehin preisgeben könne und deswegen durch die Möglichkeit der Zeugnisverweigerung auch ausreichend geschützt sei. So sehr diese Auffassung dem Bedürfnis nach Beibehaltung eines einmal gebildeten Organes entgegenkommt, mit dem Grundsatz der Geheimheit der Wahl ist sie nicht zu vereinbaren. Die Preisgabe des Stimmengeheimnisses kann nämlich — wie Piccenoni¹²⁾ mit Recht sagt — durch ein Zeugnisverweigerungsrecht vollkommen nicht ausgeglichen werden. Erfahrungsgemäß beruft sich ein Zeuge nur ungern auf sein Aussageverweigerungsrecht. Da er den Anschein vermeiden möchte, als habe er etwas zu verbergen, gilt auch heute noch, was der Abgeordnete Dr. Gneist im Jahre 1871 vor dem Deutschen Reichstage erklärte: „Die Frage selbst bringt die Leute in Verlegenheit, denn wenn sie gefragt werden und darauf nicht antworten, so

6) Vgl. Hatschek, Dr. u. Preuß. Staatsrecht, Bd. I, S. 460; Ball S. 176.

7) Vgl. die im Pr. VBl. Jg. 42, 208 unter VIII) wiedergegebene Entscheidung.

8) BT Beschluß vom 28. 5. 1952, Stenogr. Berichte, 2. Wahlperiode, 215. Sitzung S. 9446 (B) i. V. m. Drucksache Nr. 3295.

9) Vgl. etwa Rietdorf, Kommentar S. 272; Perels in JW 1930, 1222 f.; Stier-Somlo, Reichs- und Landesstaatsrecht, Bd. I, S. 561; Greeve S. 103; Schiller S. 62 und Piccenoni S. 141/42. Aus der Kommunalwahlrechtsprechung: Pr. OVG 40, 25; 78, 41/42; VGH Kassel, Urt. vom 1. 6. 1948 — OS 158/48 — (unveröffentlicht); Urt. vom 13. 5. 1949 in Hess. StAnz. 1950, Beilage 1 zu Nr. 17; OVG Koblenz in AS Rh-Pf 3, 398 unten OVG Münster in DÖV 1959, 457 ff. = JZ 1959, 418 = DVBl. 1959, 864 ff. und VGH Stuttgart in ESVGHE 5, 170 oben.

10) Becker in DÖV 1959, 706, der sich aber zu Unrecht auf die in Anm. 9 angeführte Entscheidung des OVG Koblenz beruft.

11) Seifert, Nachtrag 1961, Anm. 38 zu Art. 38 GG.

12) Piccenoni S. 141.

machen sie sich suspekt, nicht vorschriftsmäßig gestimmt zu haben¹³⁾). Vielen ist es vielleicht gleichgültig, welche Schlüsse aus ihrem Schweigen gezogen werden. Es lassen sich aber selbst im freiheitlich orientierten Rechtsstaat Situationen denken, bei denen bereits das „ja“ oder „nein“ auf die Frage, ob von dem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch gemacht werden wolle, bei dem Befragten eine Zwangslage, nämlich die nicht unbegründete Befürchtung hervorruft, die Verweigerung des Zeugnisses könne nachteilig ausgelegt werden. Mit der Abschwächung des Stimmengeheimnisses in ein Zeugnisverweigerungsrecht kann daher ein mittelbarer Zwang verbunden sein. Damit aber wird die Freiheit der Wahl angetastet, die zu gewährleisten das Wahlgeheimnis gerade erst geschaffen wurde¹⁴⁾).

Noch bedenklicher erscheint die Einvernahme von Wählern, wenn man überlegt, daß diejenigen, die aus ihrer Abstimmung keinen Hehl machen, damit nicht nur das eigene Wahlgeheimnis lüften, sondern auch Einblick in die Abstimmung anderer geben. Seifert¹⁵⁾ sagt selbst, daß die Offenbarung des Wahlgeheimnisses dort ihre Grenze finde, wo das Wahlgeheimnis anderer gefährdet werde. Gerade die Gefährdung dritter Personen wird aber durch die von ihm empfohlene Wählervernehmung begründet. Denn aus jeder Aussage über die Abstimmung des einen ergeben sich Rückschlüsse auf Wahl des anderen Staatsbürgers. Je größer die Anzahl der „Freiwilligen“, desto leichter läßt sich anhand der Wahlunterlagen ausrechnen, wie diejenigen abgestimmt haben, die den Inhalt ihrer Abstimmung geheimhalten möchten¹⁶⁾). Der sog. „freiwillige Verzicht“ erweist sich sonach als ein gefährlicher Trugschluß. Er bedeutet mehr als nur den Verzicht auf ein eigenes Recht. Wenn man es deswegen — insoweit ist der Ansicht von der Individualnatur des Wahlgeheimnisses Recht zu geben — dem einzelnen Wähler schon nicht verbieten kann, sich über den Inhalt seiner Abstimmung zu verbreiten, so darf jedenfalls der Staat zu der mit dieser Offenbarung verbundenen Verletzung der Rechte anderer nicht noch die Hand reichen.

2. Einer Einvernahme der Wähler darüber, ob sie sich durch bestimmte Manipulationen in ihrer Stimmabgabe haben beeinflussen lassen, stünde das Wahlgeheimnis allerdings nicht entgegen. Seinem Schutzzweck nach bezieht es sich nur auf den Inhalt der Stimmabgabe; es besagt lediglich, daß über das „wie“ der Abstimmung nichts bekannt werden darf¹⁷⁾). Ob und unter welchen Umständen jemand abgestimmt hat, fällt dagegen nicht unter das Stimmgeheimnis. Das OLG Colmar¹⁸⁾ hat es aus diesem Grunde für unbedenklich erachtet, den Wähler darüber zu befragen, ob er sich durch eine Drohung

13) Abgeordneter Dr. Gneist, zitiert bei Rosenthal S. 31.

14) Vgl. Kaisenberg, Wahlfreiheit, S. 165; v. Mangoldt-Klein, Erl. III 2 g zu Art. 38 GG; Seifert, BWG 56 S. 39; VGH München in VGHE N. F. 6, 199 sowie OVG Münster in DOV 1959, 458: „Nur die geheime Wahl ist eine wirklich freie Wahl“.

15) Seifert, Nachtrag 1961, Anm. 36 zu Art. 38 GG.

16) Vgl. VGH München in VGHE N. F. 6, 199 und Greeve S. 103.

17) Vgl. Seifert, BWG 56 S. 39.

18) Nachweise bei Ball S. 80; A. A. ohne Begründung VGH Stuttgart in ESVGHE 7, 99/100.

habe beeinflussen lassen, oder ob er seiner ursprünglichen Absicht entsprechend gestimmt habe.

Gegen eine Vernehmung des Wählers in diesem Sinne ergeben sich aber praktische Bedenken. Es ist in der Regel nicht möglich, die Angaben der Wähler auf ihre Richtigkeit zu überprüfen. Da es sich ausschließlich um Dinge des inneren Bereichs handelt, besteht die Gefahr, daß die Aussagen so eingerichtet werden, wie es dem jeweiligen Interesse an der Aufrechterhaltung oder Ungültigerklärung einer Wahl entspricht. Aussagen der Wähler über eine Beeinflussung sind deshalb, wie das OLG Colmar¹⁹⁾ nicht verkannt hat, von problematischem Wert. Entgegen der Ansicht *Piccenonis*²⁰⁾ kann dieser Umstand aber nicht dazu führen, nun jede Befragung des Wählers von vornherein für unzulässig zu erklären. Die Annahme, eine unkontrollierbare Aussage müsse notwendig falsch sein, entspricht weder der Lebenserfahrung, noch läßt sie sich mit dem Menschenbild vereinbaren, welches das Grundgesetz voraussetzt. Im übrigen lassen sich Aussagen über die Auswirkungen und die Intensität einer Wählerbeeinflussung anhand der gegebenen Umstände auch weit eher auf ihren Wahrheitsgehalt überprüfen als Aussagen über den Inhalt der Abstimmung. Bei aller Skepsis, die man den Aussagen der Wähler wird entgegenbringen müssen, ist deswegen im Prinzip eine Vernehmung in dem beschriebenen Sinne für zulässig zu erachten. Auch über die Frage, ob während der Abstimmung eine rechtlich unzulässige Kontrolle ausgeübt wurde, wird man den Wähler vernehmen dürfen²¹⁾. Stets muß sich jedoch die Vernehmung auf die Frage beschränken, ob sich eine Beeinflussung überhaupt ausgewirkt hat. In welche Richtung die Auswirkung ging oder wie der Wähler ursprünglich abstimmen wollte, darf nicht gefragt werden.

II. Andere Beweismittel

Ohne weiteres zulässig erscheint die Einvernahme anderer an der Wahl beteiligter Personen, so etwa die Vernehmung von Mitgliedern des Wahlvorstandes über Fragen des Wahlreglements oder die Vernehmung von Gemeindebeamten über die richtige Erfassung und Benachrichtigung der Wahlberechtigten. Die Existenz eines Wahlfehlers wird sich oft nur auf diese Weise feststellen lassen. Aber auch darüber, ob sich ein Wahlfehler — z. B. die Verletzung von Schutzbestimmungen zur Wahrung des Stimmengeheimnisses — auf die Stimmenabgabe überhaupt auswirken konnte, können die Wahlorgane vernommen werden²²⁾.

¹⁹⁾ Vgl. Mock in DJZ 1912 Sp. 311.

²⁰⁾ Piccenoni S. 142.

²¹⁾ So das OLG Colmar, vgl. Ball S. 84. In AS Rh-Pf 3, 395 unter 2a) hat das OVG Koblenz ein derartiges Verfahren nicht beanstandet.

²²⁾ Ein Beispiel hierfür bietet das Urteil des Hess. WPG vom 24. 3. 1949 im Hess. StAnz. 1949, 234 linke Sp. unter a): Bei der Landtagswahl vom Dezember 1946 waren infolge der damaligen Papierknappheit nicht genügend Wahlumschläge vorhanden, so daß viele Wähler sich damit begnügen mußten, ihren Stimmzettel nach innen gefaltet in die Urne zu werfen. Dies wurde in einem Einspruch beanstandet. Da der Wahlvorstand jedoch übereinstimmend ausgesagt hatte, daß man in die Abstimmung des einzelnen Wählers keinen Einblick hätte nehmen können, wurde die Wahl trotz des an sich gegebenen Verstoßes, und zwar mit Recht, für gültig erklärt. Für den Fall durchsichtiger Umschläge vgl. Pr. OVG in Pr. VBl. Jg. 52, 633 unter 3).

Zulässig sind ferner der Augenscheins- und Urkundsbeweis, die Bedeutung nicht nur für die Beachtung der Förmlichkeiten haben, sondern insbesondere beim Verdacht der Wahlfälschung²³⁾).

Ein wichtiges Erkenntnismittel im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung bildet schließlich das Sachverständigengutachten. Seine Bedeutung liegt in erster Linie in der Erforschung des psychologischen Bereichs. Wie die oben im § 12 unter II 1) aufgeführten Beispiele zeigen, vermag es in vielen Fällen, in denen unzulässige Wahlbeeinflussung geltend gemacht wird, den Nachweis der Unerheblichkeit zu erbringen. Bedauerlicherweise hat die Wahlprüfungspraxis von der Möglichkeit des Sachverständigengutachtens bisher wenig Gebrauch gemacht.

§ 14 Beweislast

Im Anschluß an die Beweismittel sei noch kurz auf die für das Wahlprüfungsverfahren geltenden Beweisgrundsätze eingegangen.

I. *Die formelle Beweislast:* Während der Kaiserzeit und der Weimarer Republik wurden die Wahlen im parlamentarischen Bereich durchweg von Amts wegen auf ihre Richtigkeit hin überprüft. Heute ist dieses Officialprinzip nur noch für die Landtagswahlen von Hessen¹⁾ und Rheinland-Pfalz²⁾ und in einigen Ländern neben dem Wahleinspruch auch für die Überprüfung der Kommunalwahlen vorgesehen. Im übrigen hat sich das sog. Einspruchsprinzip durchgesetzt, d. h. die Rechtmäßigkeit einer Wahl wird nur mehr auf besondere Rüge hin nachgeprüft³⁾. Zu diesem zweiten Verfahren hat man sich entschlossen, weil sich herausgestellt hatte, daß es bei allen schwereren Verstößen ohnehin zu Beanstandungen kam, und weil das Officialverfahren regelmäßig auch nicht mehr herausfinden konnte als in Wahleinsprüchen bereits geltend gemacht wurde.

Trotz der erwähnten Unterschiede gilt für das Wahlprüfungsverfahren aber von jeher der Untersuchungsgrundsatz⁴⁾. Er besagt, daß die Wahlprüfungsorgane von sich aus alle rechtserheblichen Tatsachen aufzuklären haben und dabei alle zur Verfügung stehenden Erkenntnismittel ausschöpfen müssen. Auch im Rahmen des Einspruchsprinzips steht dem Einspruchsführer nur ein Initiativrecht zu, nicht dagegen die Befugnis, das einmal in Gang gesetzte Verfahren von sich aus zu beenden oder sonstwie bestimmend auf seinen Verlauf einzuwirken⁵⁾. Einmal in Gang gesetzt, nimmt das Ver-

²³⁾ Vgl. Hatschek, Dt. und Preuß. Staatsrecht, Bd. I, S. 459.

¹⁾ Vgl. die §§ 6 und 8 des Hess. WahlprüfungsG vom 5. 8. 1948 (GVBl. S. 93).

²⁾ Vgl. § 1 Abs. 1 der Wahlprüfungsordnung von Rheinland-Pfalz vom 16. 1. 1952 (GVBl. S. 51).

³⁾ Eingehend zum Einspruchsprinzip Greeve S. 86, 93/94 und Seifert, BWG 56 S. 338 ff.

⁴⁾ Vgl. Hatschek, Dt. und Preuß. Staatsrecht, Bd. I, S. 459; Kaisenberg, HdbDtStR I, S. 405; Anschütz Anm. 3 zu Art. 31 WRV; Schiller S. 97; Seifert, BWG 56 S. 339 und 345 oben sowie Pr. OVG 47, 50/51.

⁵⁾ Vgl. Seifert, BWG 56 S. 339. Ob der einmal erhobene Einspruch mit Erfolg zurückgenommen werden kann, ist allerdings streitig; dafür: Greeve S. 96 f.; Piccenoni S. 197/98; dagegen: Cornelius, JW 1921, 810; Hatschek, Parlamentsrecht, S. 521, Kaisenberg, HdbDtStR I, 405 und Seifert a. a. O. Ausdrücklich für unzulässig erklärt wird die Rücknahme des Einspruchs im § 50 Abs. 1 des saarländischen KommunalwahlG i. d. F. vom 29. 9. 1960 (Amtsbl. S. 706).

fahren gewissermaßen von selbst seinen Lauf. Es wird von Amts wegen ermittelt. Ebenso wenig wie im Verwaltungs-⁶⁾ oder Verfassungsprozeß⁷⁾ kann es deswegen im Wahlprüfungsverfahren für einen Beteiligten eine Beweisführungs- oder formelle Beweislast geben⁸⁾. Da die zur Entscheidung wesentlichen Umstände ex officio zu erforschen sind, kann ein Wahleinspruch nicht schon deshalb zurückgewiesen werden, weil der Einspruchsführer ein vorhandenes Beweismittel nicht benannt hat.

II. *Die materielle Beweislast:* Im Gegensatz zu der von Seifert⁹⁾ und Schiller¹⁰⁾ vertretenen Auffassung spielt die materielle Beweislast dagegen bei der Wahlprüfung eine bedeutende Rolle. Sie hat die Frage zum Gegenstand, wer im Falle der Beweislosigkeit eines wesentlichen Umstandes die sich hieraus ergebenden Nachteile zu tragen hat. Trotz des Untersuchungsgrundsatzes und der danach bestehenden Pflicht, alle ersichtlichen Aufklärungsmöglichkeiten heranzuziehen, überwiegen im Wahlprüfungsverfahren die Fälle, in denen sich rechtserhebliche Tatsachen nicht zur Gewißheit feststellen lassen. Wie hier die Beweislast zu verteilen ist, ist — soweit ersichtlich — im Zusammenhang nur bei Ball und Piccenoni, und auch dort nur andeutungsweise, behandelt worden.

Piccenoni¹¹⁾ will die Beweisregeln unterschiedlich gestalten, je nachdem, ob es sich um „wesentliche“ oder „unwesentliche“ Verstöße handelt. Wenn sich bei einem „wesentlichen“ Verstoß die Nicht-Erheblichkeit nicht beweisen läßt, will er zugunsten des Einspruchsführers entscheiden. Umgekehrt soll nach seiner Auffassung der Einspruchsführer die Nachteile tragen, wenn die Erheblichkeit eines „unwesentlichen“ Fehlers nicht beweisbar ist. In ähnlicher Weise unterscheidet Ball¹²⁾ zwischen ziffernmäßig erfaßbaren und nicht erfaßbaren Verstößen. Bei diesen will er Ungültigkeit der Wahl nur bei Glaubhaftmachung der Erheblichkeit annehmen, bei jenen schon dann, wenn nicht besonders der Nachweis geführt wird, daß der Fehler das Wahlergebnis nicht beeinflussen konnte. — Beide Unterscheidungen sind zu sehr der Lehre von den absoluten Ungültigkeitsgründen verhaftet, als daß ihnen hier gefolgt werden könnte¹³⁾. Sie werfen nicht nur von neuem unnötige Abgrenzungsschwierigkeiten auf, sondern belasten den Wähler auch unbillig, insbesondere bei den sog. „unwesentlichen“ Verstößen. Abgesehen von diesen Momenten ist aber auch nicht einzusehen, weshalb bei an sich gleichem Prozeßgegenstand die Nachteile der Beweislosigkeit je nach der Art des Verstoßes unterschiedlich ausfallen sollen. Wo es um die Frage der Gültigkeit einer Wahl geht, können die Beweisgrundsätze nur einheitlich sein.

6) Dazu näher Ruckriegel in DUV 1958, 531 mit vielen Nachweisen; ferner Peter Schneider, „In dubio pro libertate“, S. 273/74.

7) Vgl. Lechner, Anm. 1 a zu § 26 BVGG (S. 166).

8) Ebenso für das Schweizer Recht Piccenoni S. 152, der allerdings nicht klar genug zwischen formeller und materieller Beweislast unterscheidet.

9) Seifert, BWG 56 S. 345 oben ohne Begründung.

10) Schiller S. 101.

11) Piccenoni S. 152

12) Ball S. 29.

13) Vgl. oben § 7 III 2 und § 10 V 2.

Bereits oben¹⁴⁾ wurde festgestellt, daß es eine Vermutung für das rechtmäßige Zustandekommen einer Wahl nicht gibt. Demzufolge kann die Beweislast nicht einfach demjenigen aufgebürdet werden, der die Unrechtmäßigkeit einer Wahl geltend macht. Ebenso wenig kann aber auch der Grundsatz, wonach im Zweifel ein Wahlfehler als erheblich anzusehen ist, dazu führen, den Nachweis für die Rechtmäßigkeit nun stets der gewählten Körperschaft aufzuerlegen. Der Nachweis, daß im Wahlakt ein Fehler nicht vorgekommen ist, läßt sich unmöglich führen. Die Verteilung der Beweislast kann sich daher ebenso wie im Zivil- und Verwaltungsprozeß nur nach den materiellrechtlichen Regeln richten¹⁵⁾. Im einzelnen bedeutet das:

1. Die Anhaltspunkte für die Existenz eines Wahlfehlers muß grundsätzlich derjenige dartun, der die Gültigkeit einer Wahl beanstandet. Nackte Behauptungen oder allgemein und unverständlich gehaltene Rügen brauchen von den Wahlprüfungsorganen nicht berücksichtigt zu werden¹⁶⁾. Da jedoch schon die nicht ganz entfernt liegende Möglichkeit einer Beeinträchtigung des Wählerwillens Rechtsfolgen auslöst¹⁷⁾, braucht das Vorliegen eines Wahlfehlers nicht zur absoluten Gewißheit nachgewiesen zu werden. Es genügt eine Art Anscheinsbeweis. Als ausreichend wird man etwa ansehen müssen, wenn bei behaupteter Wahlfälschung oder Bestechung Umstände dargetan und bewiesen werden, aus denen sich der einigermaßen begründete Verdacht für einen Stimmzettelaustausch oder eine strafbare Bestechung ergibt. Mehr zu beweisen, kann dem Wähler im allgemeinen nicht zugemutet werden und wird vielfach — beispielsweise im Falle der Stimmenverfälschung — auch gar nicht möglich sein. Es ist dann Sache des oder der gewählten Kandidaten, den Anscheinsbeweis zu entkräften.

2. Anders steht es mit der am häufigsten im Ungewissen bleibenden Frage, ob und inwieweit sich ein Verstoß auf die Sitzverteilung ausgewirkt hat. Hier gilt ohne Rücksicht auf das „Gewicht“ eines Verstoßes der Grundsatz, daß im Zweifel eine Auswirkung anzunehmen ist. Dementsprechend trifft die materielle Beweislast insoweit stets die gewählten Kandidaten¹⁸⁾. Sofern nicht nachgewiesen werden kann, daß eine Beeinflussung der Sitzverteilung gänzlich unwahrscheinlich ist, gehen die Nachteile hieraus zu Lasten der gewählten Körperschaft.

§ 15 Die wahlprüfungsrechtlichen Reaktionen

Sobald erwiesen oder nach den Umständen nicht äußerst unwahrscheinlich ist, daß ein Fehler für die Verteilung der Sitze ursächlich war, stellt sich die Frage nach den wahlprüfungsrechtlichen Reaktionen, die Frage, welche

¹⁴⁾ Vgl. oben § 11 II 2 b.

¹⁵⁾ Vgl. für den Verwaltungsprozeß Peter Schneider, „In dubio pro libertate“, S. 276 Fußnote 44.

¹⁶⁾ So mit Recht das Hess WPG, Urt. vom 7. 7. 1959 im Hess. StAnz. 1960, 82 unter II a). Auch der Bundestag hat unverständige und zusammenhanglose Redensarten (z. B. „die Parteien befinden sich in der Gefolgschaft der Behörden“, oder „gewisse scharf Geschädigte seien überhaupt wahlverhindert gewesen, weil die Behörden und die Parteien schon das Grundgesetz nicht erfüllen“ . . .) unberücksichtigt gelassen, vgl. Beschluß vom 28. 5. 1952, Stenogr. Berichte, 1. Wahlperiode, 215. Sitzung, S. 9446 (B und C) i. V. m. Drucksachen Nr. 3294 und 3298.

¹⁷⁾ Vgl. oben § 11 II 1 am Ende.

¹⁸⁾ So auch Hess. StGH in Lammers-Simons, Bd. III, 343, Leitsatz 5.

Rechtsfolgen im einzelnen an diesen Fehler zu knüpfen sind¹⁾. Fest steht, daß das Wahlergebnis so, wie es ermittelt wurde, keinen Bestand haben kann. Demgemäß ist auch die primäre Folge jedes erheblichen Wahlfehlers die Aufhebung des offiziellen Wahlergebnisses.

Damit ist nun aber noch nicht geklärt, ob mit der Aufhebung des Wahlergebnisses zugleich auch der diesem zugrundeliegende Wahlakt beseitigt werden muß. An sich ist der Wahlakt nur die Grundlage des Wahlergebnisses, der Sitzverteilung wie des Stimmenergebnisses. Seine Ungültigerklärung, von der hier als „Kassation“²⁾ gesprochen wird, müßte deswegen in der Aufhebung des Wahlergebnisses bereits enthalten sein. So zu argumentieren hieße indessen, in den Bereich der wahlprüfungsrechtlichen Sanktionen eine Betrachtungsweise einzuführen, die wegen ihres Formalcharakters hier genauso wenig am Platz ist, wie bei den vorangegangenen Erörterungen. Hier wie dort können die Probleme nur anhand einer teleologischen Wertung der Normen- und Interessenlage gelöst werden. Denn auch hier geht es um die Lösung des erwähnten Konflikts: einerseits soll dem unverfälschten Wählerwillen zum Durchbruch verholfen werden, andererseits gilt es, den Wahlakt seiner Organbildungsfunktion wegen soweit als möglich aufrecht zu erhalten. Die in erster Linie interessierende Frage ist damit die, ob im Falle der Erheblichkeit eines Wahlfehlers neben der schwersten Rechtsfolge, der Kassation, auch minder schwere Sanktionen verhängt werden können.

I. Die möglichen Reaktionen (Kassation — Berichtigung)

Die Durchsicht des Schrifttums und der älteren Rechtsprechung erweckt den Eindruck, als ob ein Wahlfehler, sofern er für die Sitzverteilung von Einfluß war, schlechthin nur die Ungültigkeitserklärung der Wahl zur Folge haben könne. In den spärlichen Kommentierungen bei A n s c h ü t z³⁾ und G i e s e⁴⁾ zu Art. 31 der Weimarer Verfassung findet sich der Satz, das Ergebnis der Wahlprüfung könne nur Gültigkeit oder Ungültigkeit der Wahl sein. Auch bei J e l l i n e k⁵⁾, v. M a n g o l d t⁶⁾ und im Erläuterungsbuch S e i f e r t s⁷⁾ zum Bundeswahlgesetz von 1953 stehen sich als mögliche Alternativen lediglich die Gültigkeit oder Ungültigkeit einander gegenüber. Da die genannten Schriftsteller zu der Frage nicht weiter Stellung nehmen, bleibt unklar, ob mit den Worten „Ungültigkeit“ bzw. „Ungültigkeitserklärung“ die Kassation der Wahlverhandlung gemeint ist, oder ob damit nur zum Ausdruck gebracht werden soll, daß bei kausalen Verstößen das Wahlergebnis in seiner offiziellen Bekanntmachung zunächst einmal aufzuheben ist. Wenn letzteres gemeint wäre, könnten die erwähnten Äußerungen nicht

1) Vgl. oben § 5 am Anfang.

2) Das OVG Koblenz (AS Rh-Pf 6, 350) und Seifert, BWG 56 S. 337 sprechen von „Ungültigkeitserklärung im engeren Sinne“.

3) Anschütz, Erl. 3 zu Art. 31 WV am Ende.

4) Giese, Kommentar zur Weimarer Reichsverfassung, 7. Aufl., Anm. 1 zu Art. 31.

5) Jellinek, HdbDtStR I, 630.

6) v. Mangoldt, Erl. 2 zu Art. 41 GG am Ende.

7) Seifert, BWG 1953 gegen in BWG 1956 S. 337, 324 unter 4) und S. 326.

unbedingt so ausgelegt werden, als ob damit minder schwere Sanktionen generell in Abrede gestellt werden, denn der Umstand, daß eine für unrichtig befundene Sitzverteilung nicht bestehen bleiben kann, besagt nichts darüber, ob die Kassation die einzig zulässige Rechtsfolge ist.

Wesentlich eindeutiger war demgegenüber die alte Wahlprüfungspraxis. Sie kannte als Reaktion nur die Kassation des Wahlaktes. Bis zum Jahre 1918 war es feststehende Praxis des Deutschen Reichstages⁸⁾, des Abgeordneten-hauses in Preußen⁹⁾ und des Preußischen OVG⁹⁾, daß die Wahlprüfungs-instanzen nur über die Gültigkeit der in Rede stehenden Wahl zu entscheiden hätten, nicht aber sich im Falle der Ungültigerklärung darüber ver-breiten dürften, wie das Wahlgeschäft zum Abschluß zu bringen sei. Dem Interesse an der Aufrechterhaltung der Wahl kamen sie insoweit entgegen, als die Kassation auf diejenigen Wahlbezirke beschränkt wurde, in denen sich ein erheblicher Fehler herausgestellt hatte. Zu weiteren Konzessionen zeigte man sich nicht bereit. Selbst dort, wo die Sitzverteilung nur durch falsche Stimmenausswertung unrichtig geworden war, lehnten es der Deutsche Reichstag und das Preußische OVG ab, minderschwere Sanktionen zu ver-hängen. Sie erklärten die Wahl auch dann für ungültig, wenn es anhand des richtig gestellten Stimmenmaterials ein Leichtes gewesen wäre, die wirkliche Mandatsverteilung festzustellen.

Diese Rechtsprechung, die im älteren Schrifttum teils auf Zustimmung, teils auf Ablehnung gestoßen ist¹⁰⁾, hatte ihren Grund in der in den 60er Jahren des vorigen Jahrhunderts heftig umstrittenen Frage, ob die Parla-mente neben dem Ausspruch, daß ein Mandat nicht rechtmäßig erworben sei, auch einen anderen als gewählt erklären durften¹¹⁾. Bei den sog. Auswertungs-fehlern, d. h. der fälschlichen Bewertung einzelner Stimmzettel infolge von Unklarheiten, wäre dies technisch ohne weiteres möglich gewesen. Gleichwohl wurde den Volksvertretungen in der konstitutionellen Monarchie ein der-artiges Recht von der Krone stets bestritten. Ängstlich darauf bedacht, den Parlamenten keine weiteren Befugnisse zuzugestehen als die in der Verfassung vorgesehenen, stieß jeder dahingehende Versuch auf den entschiedenen Wider-stand der Regierung. Zur juristischen Untermauerung wurde dabei von der Regierung auf den Wortlaut der Verfassung Bezug genommen. Man wies darauf hin, daß der Reichstag nach Art. 27 der Reichsverfassung von 1871 nur die Legitimation seiner Mitglieder zu prüfen hätte und demzufolge seine Kompetenzen überschritte, wenn er über die Ungültigerklärung hinaus einen anderen Kandidaten zum Abgeordneten berufe. Gelegentlich wurde zwar im Reichstag gegen diese Auffassung opponiert, doch hat man sich mit

⁸⁾ Nachweise bei v. Rönne, Bd. I, S. 262 oben und daselbst Fußnote 1; v. Mohl, Kritische Er-örterungen, S. 648/49. Im gleichen Sinne verfuhr man in Württemberg, vgl. Ball S. 77.

⁹⁾ Vgl. Pr. OVG 3, 17; 6, 136 ff.; 7, 99; 12, 11 ff. (18); 18, 331; und 31, 108 ff. (112).

¹⁰⁾ Dafür: Laband, Staatsrecht, Bd. I S. 338 Hatschek, Parlamentsrecht, S. 509 und Seydel in Hirths Annalen 1880, 393. Dagegen: v. Rönne und v. Mohl (oben Anm. 8).

¹¹⁾ Dazu eingehend: Ball S. 56/57.

wenigen Ausnahmen¹²⁾ den Hinweisen der Krone gefügt. — Zur Richtigkeit dieser Praxis soll hier nicht Stellung genommen werden. Wesentlich an der ganzen Kontroverse ist heute nur noch folgendes: Wenn sich die Parlamente früher regelmäßig geweigert haben, andere Sanktionen als die Ungültig-erklärung anzuerkennen, so hatte das seinen Grund weniger in juristischen Schwierigkeiten, als in der dem konstitutionellen Staatssystem eigenen Machtverteilung zwischen Krone und Parlament¹³⁾.

Diese Situation besteht heute nicht mehr. Anders als im Bismarckreich, wo die Existenz einer funktionsfähigen Volksvertretung keine Lebensfrage war und das Parlament der Regierung eher eine Quelle stetigen „Ärgers“¹⁴⁾ denn als wesentliches Staatsorgan erscheinen mußte, ist die Demokratie auf den Bestand einer Volksvertretung notwendig angewiesen. Die Volksvertretung ist dort nach dem Volke das mächtigste Staatsorgan. Parlament und Regierung stehen sich auch nicht mehr selbstständig einander gegenüber, sondern die Regierung ist vom Vertrauen des Parlamentes abhängig. Man kann es sich wegen der eminenten Wichtigkeit der Volksvertretungen für das Funktionieren des staatlichen Lebens einfach nicht mehr leisten, im Rahmen der Wahlprüfung schärfere Sanktionen als unbedingt erforderlich zu verhängen. Vielmehr muß auch hier der Grundsatz gelten, daß im Interesse der Aufrechterhaltung staatsnotwendiger Organe als auch um der Achtung der Mehrheitsentscheidung willen wahlprüfungsrechtliche Sanktionen nur gezogen werden können, soweit dies zur Verwirklichung des Volkswillens notwendig erscheint. Wahlprüfungsrechtliche Eingriffe müssen daher auf das unumgängliche Minimum beschränkt werden.

Hieraus folgt, daß die Kassation des Wahlaktes immer die „ultima ratio“¹⁵⁾ bleiben muß, und daß minder schwere Sanktionen nicht nur zulässig sind, sondern grundsätzlich auch den Vorrang vor der Kassation haben. Dementsprechend wird in der neueren Literatur empfohlen, zunächst den Versuch einer Berichtigung der Mandatszuteilung zu unternehmen und alle Wege zu

12) Im Gegensatz zur Praxis des Deutschen Reichstages nahm die Zweite bad. Kammer stets das Recht für sich in Anspruch, einen anderen für gewählt zu erklären, vgl. Walz, Das Staatsrecht des Großherzogtums Baden, Tübingen 1909, S. 81 Fußnote 3. Dem Preuß. Abgeordnetenhaus ist dieses Verfahren dagegen nur einmal, und zwar im Jahre 1852, gelungen. Als man im Jahre 1865 in gleicher Weise verfahren wollte, scheiterte der Versuch an dem Widerstand des Preuß. Staatsministeriums, vgl. Ball S. 75 f.

Über eine vielbeachtete Ausnahme aus der Zeit des Norddt. Bundes — den sog. Fall Hirsch — handeln die Reichstagsprotokolle 1869 S. 312 ff.: Im Jahre 1869 hatten in einem Berliner Wahlkreis der zunächst für gewählt erklärte Abgeordnete Sicher 3653 und der Schriftsteller Dr. phil. Max Hirsch 2912 Stimmen erhalten. Da es in Berlin auch einen Arzt Dr. med. Max Hirsch gab, hatte der Wahlleiter 955 für „Dr. Max Hirsch“ abgegebene Stimmen für ungültig erklärt. Im Wahlprüfungsverfahren ergab sich jedoch, daß durch politische Betätigung nur ein Dr. phil. Max Hirsch bekannt war, und daß deswegen mit den 955 für „Dr. Max Hirsch“ abgegebenen Stimmen auch nur dieser gemeint sein konnte. Nunmehr besaß Dr. phil. Hirsch die Mehrheit der Stimmen. Das Mandat des Abg. Sicher wurde für ungültig erklärt. Der RT bezeichnete den Kandidaten Hirsch als gewählt und ersuchte den Reichskanzler, diesen zum Abgeordneten zu ernennen, was auch geschah.

13) Dazu näher Ball S. 34/35 und S. 96 ff. Bemerkenswert ist, daß diese Frage in der Schweiz, wo von jeher die Demokratie bestand, nie eine Rolle gespielt hat, vgl. Piccenoni S. 210.

14) Man denke nur an den Kampf Bismarcks um den Wehretat.

15) So zutreffend Seifert, BWG 56 S. 324 Ziff. 7) unter Bezugnahme auf Drath S. 28. Hatschek, Parlamentsrecht, S. 563 spricht von der Kassation als einem „Notbehelf“.

gehen, die es ermöglichen, einen Wahlfehler auf einfachere Weise als durch Kassation und Anordnung einer Neuwahl wiedergutzumachen¹⁶⁾). Auch die Gesetzgebung ist weitgehend schon dazu übergegangen, neben der Kassation noch andere wahlprüfungsrechtliche Sanktionen anzuerkennen. Nach § 1 Abs. 2 des Wahlprüfungsgesetzes vom 12. März 1951¹⁷⁾ ist es z. B. dem Bundestag überlassen, bei unrichtigen Wahlergebnissen die notwendigen Folgerungen im Rahmen des Erforderlichen selbst festzustellen. Hiermit ist nach allgemeiner Auffassung nicht nur die Möglichkeit einer Richtigstellung des Abstimmungsergebnisses gegeben, sondern auch die Befugnis, gegebenenfalls einen anderen für gewählt zu erklären¹⁸⁾). In den parlamentarischen Wahlprüfungsgesetzen der Länder ist die Berichtigungsmöglichkeit zwar ausdrücklich nicht überall vorgesehen¹⁹⁾, gleichwohl wird aber auch dort an der früheren Praxis nicht mehr festgehalten. Die modernen Kommunalwahlgesetze wiederum enthalten sämtlich den Hinweis auf die Zweigleisigkeit der wahlprüfungsrechtlichen Sanktionen²⁰⁾).

Wenn danach für das gegenwärtige Recht die Berichtigung als eine der Reaktionen des materiellen Wahlprüfungsrechts auch allgemein anerkannt ist, so scheinen doch über ihre Grenzen beträchtliche Unklarheiten zu bestehen.

II. Die Grenzen der Berichtigung

Das eigentliche Feld der Berichtigung liegt bei den sog. Auswertungsfehlern²¹⁾). Dabei spielen die reinen Additionsfehler zwar kaum eine Rolle, indessen kommt es häufig vor — und hierüber gibt es eine reichhaltige Rechtsprechung²²⁾ —, daß unklare Stimmzettel voreilig für gültig bzw. für ungültig erklärt oder einem Wahlvorschlag zugerechnet werden, der bei objektiver Betrachtung gar nicht gemeint war. Hier nehmen die Wahlprüfungsinstanzen eine erneute Auswertung vor. Oftmals stellt sich dabei nicht nur ein anderes Stimmenverhältnis, sondern auch eine andere als die zunächst festgestellte Sitzverteilung heraus. Das Prüfungsverfahren endet dann mit

16) Vgl. Seifert, BWG 56 S. 324 sowie S. 338 oben. Greeve S. 80 f.; Schiller S. 58 f., 89 und für das Schweizer Recht Piccenoni S. 139.

17) BGBl. I, S. 166.

18) Vgl. Greeve S. 80; Seifert, BWG 56 S. 337/38 und Schiller S. 54.

19) Ausdrücklich erwähnt ist sie z. B. im § 3 des WahlprüfungsG von Berlin vom 16. 10. 1958 (GVBl. S. 1021), im § 16 Abs. 2 des WahlprüfungsG von Niedersachsen i. d. F. vom 6. 3. 1955 (GVBl. S. 87) und im § 7 des WahlprüfungsG von Nordrhein.-Westf. vom 20. 11. 1951 (GVBl. S. 147).

20) Die folgenden Angaben beziehen sich auf die im § 6 Anm. 11 angeführten Kommunalwahlgesetze. Vgl. § 27 Abs. 3 Bad.-Württ.; Art. 37 Abs. 1 Bayern; §§ 24 Ziff. 3, 28, Abs. 1 Hess.; § 45 Abs. 1 Ziff. 4 Niedersachsen; §§ 38 Abs. 1 Ziff. c, 40 Abs. 3 Nordrhein.-Westfalen; § 43 Abs. 1 des KommunalwahlG i. V. m. § 69 Abs. 1 der DVO von Rheinland-Pfalz; § 57 Abs. 5 der saarl. KWO; § 37 Ziff. 3 Schleswig-Holstein.

21) Vgl. Seifert, BWG 56 S. 330 oben; eingehend zu diesen Fehlern Schiller S. 40/41 und 54 ff.

22) Vgl. die bei Hatschek, Parlamentsrecht, S. 377 ff. angeführte Judikatur; Pr. OVG 40, 23 und VGH Kassel in ESVGH 7, 93 ff. = DOV 1958, 745 mit weiteren Nachweisen.

23) Seifert, BWG 56 S. 325/26, will aus der lediglich klarstellenden Berichtigung des Stimmenergebnisses ableiten, daß das Erheblichkeitsprinzip nicht der beherrschende Grundsatz des materiellen Wahlprüfungsrechts sei. Dabei übersieht er die völlig platonische Natur dieser Maßnahme. Die Berichtigung eines für die Sitzverteilung unerheblich gebliebenen Fehlers könnte ebenso gut unterbleiben, vgl. Schiller S. 90.

einer Berichtigung des Wahlergebnisses, sei es mit der rechtlich irrelevanten Richtigstellung der Stimmenverhältnisse²³⁾ oder, wie im Falle der Erheblichkeit, mit einer Neuverteilung der Mandate²⁴⁾.

Daneben sind aber auch andere Fälle denkbar, in denen eine Berichtigung vollauf ausreicht, um dem Wählerwillen zum Durchbruch zu verhelfen. So etwa im Falle der Wahlfälschung, wenn bei sonst intaktem Stimmenmaterial nachträglich noch einige Stimmzettel hinzugefügt wurden und sich die gefälschten Zettel von den echten einwandfrei unterscheiden lassen. Überhaupt ist eine Berichtigung regelmäßig dort am Platze, wo sich Fehler erst nach dem eigentlichen Stimmakt eingeschlichen haben. Wenn z. B. bei Stimmengleichheit die Verteilung des letzten Sitzes durch Los zu erfolgen hat und nur bei der Verlosung ein Verfahrensfehler vorgekommen ist²⁵⁾, dann wäre es sinnlos, das ganze Verfahren noch einmal ablaufen zu lassen. Es genügt, die Verlosung noch einmal durchzuführen und daran anschließend die Sitzverteilung zu berichtigen²⁶⁾. Selbst bei schwersten Verstößen kann eine nachträgliche Berichtigung genügen, wie ein Beispiel aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts²⁷⁾ zeigen mag: Als bei einer Gemeindewahl in Schleswig-Holstein zwei an sich gewählte Bewerber einer Wählervereinigung das Mandat nicht annahmen und alle weiter auf dem Wahlvorschlag verzeichneten Bewerber auf ein Nachrücken verzichteten, benannte die Wählervereinigung einer Bestimmung des Wahlgesetzes entsprechend zwei Ersatzleute, die vorher nicht in dem Wahlvorschlag aufgeführt waren. Im Verlauf des Wahlprüfungsverfahrens wurde die betreffende Bestimmung vom Bundesverfassungsgericht als mit dem Grundsatz der unmittelbaren Wahl unvereinbar erklärt²⁸⁾. Das Bundesverfassungsgericht hielt sich zwar mit Recht nicht für kompetent, über die wahlprüfungsrechtlichen Auswirkungen der Nichtigerklärung zu entscheiden. Es kann aber kein Zweifel daran bestehen, daß in dem erwähnten Beispiel die einzig sinnvolle Sanktion die war, das Wahlergebnis durch Streichung der beiden eingeschobenen Mandate zu berichtigen. Die ganze Wahl zu kassieren, nur weil sie unter einem teilweise verfassungswidrigen Gesetz zustandegekommen war, lag nicht der geringste Grund vor²⁹⁾.

24) Ob dabei der wirklich gewählte Bewerber unmittelbar vom Wahlprüfungsorgan bestimmt wird — so die moderne parlamentarische Wahlprüfung —, oder anhand der bindenden (!) Auswertung des Stimmenmaterials im Wahlprüfungsverfahren von den Wahlorganen — so die Handhabung im kommunalen Bereich und beim Reichstag der Weimarer Zeit (vgl. Ball S. 163, 203; Kaisenberg, HdbDtSR I, 406 und RWPG in JW 1921, 694 und 1143/44) — bedeutet sachlich keinen wesentlichen Unterschied, weil die Neufeststellung der Wahlorgane ihrerseits wieder im Wahlprüfungsverfahren nachgeprüft werden kann.

25) Der im „Spiegel“ Nr. 17/1960 auf S. 67 als Humoreske mitgeteilte Sachverhalt — eine Gemeindewahl wurde für ungültig erklärt, weil bei der Verlosung des letzten Sitzes ein kleines Mädchen von der Straße das Los gezogen hatte — ist deswegen unrichtig entschieden.

26) Vgl. VGH Kassel, Urt. vom 1. 6. 1948 — OS 158/48 — (unveröffentlicht).

27) BVerfG 3, 45 ff.

28) a. a. O. S. 49—51; vgl. auch VGH Stuttgart in VerwRspr. 1, 447 ff. (452).

29) Das Beispiel zeigt, zu welch unbefriedigenden Ergebnissen man kommen muß, wenn man wie v. Mangoldt-Klein oder Thürk (oben § 7 III 2 b) in jedem Verstoß eines Wahlgesetzes gegen einen der verfassungsmäßigen Wahlgrundsätze einen absoluten Ungültigkeitsgrund sieht.

Über den vorstehend abgegrenzten Rahmen hinaus scheinen nun aber H a t s c h e k und Seifert eine Berichtigung auch dort für zulässig zu halten, wo sich Art und Auswirkung eines Wahlfehlers nicht mit eindeutiger Sicherheit feststellen lassen. H a t s c h e k ³⁰⁾ bezeichnet als prinzipielle Sanktion eines Formverstößes nicht die Ungültigerklärung des Wahlaktes, sondern den „ziffernmäßigen Ausgleich der Schädigung, welche der einen oder der anderen Partei durch den Verstoß zugefügt wurde“. Ebenso wie Seifert ³¹⁾, der von einer „nachträglichen Verbesserung des Wahlergebnisses“ spricht, will er diese — wie er sagt „rechnerische Reparatur“ auch gegenüber solchen Formverstößen anwenden, deren Auswirkung und Richtung sich nur „abschätzen“ lassen³²⁾.

Noch weiter geht H a t s c h e k in Fällen der absichtlich zugunsten eines Kandidaten begangenen Wahlbeeinflussung. Hier will er — gewissermaßen als eine Art parlamentarische Strafe³³⁾ — den Ausgleich der Schädigung dadurch vollziehen, daß sämtliche in einem Bezirk für den Begünstigten abgegebenen Stimmen gestrichen und, sofern es sich um eine Mehrheitswahl mit nur zwei Bewerbern handelt, dem Gegenkandidaten zugerechnet werden³⁴⁾. Unklar bleibt allerdings, ob H a t s c h e k und Seifert mit derartigen Korrekturen gegebenenfalls auch eine Neuverteilung der Sitze verbinden wollen. Während H a t s c h e k es in anderem Zusammenhang³⁵⁾ als unzulässig bezeichnet, im Wahlprüfungsverfahren einen anderen als den für gewählt erklärten Bewerber zu proklamieren, hält Seifert ³⁶⁾ für das moderne Recht eine Neuverteilung in diesem Sinne für möglich. Er sagt jedoch nicht, ob sie auch dort Platz greifen soll, wo das „korrigierte Wahlergebnis“ lediglich im Wege der Schätzung gewonnen wird.

Für ihre Auffassung berufen sich H a t s c h e k und Seifert auf zahlreiche ältere Wahlprüfungsentscheidungen. H a t s c h e k bezieht sich in erster Linie auf die Praxis des ersten Deutschen Reichstages. Sieht man die bei ihm angeführten Entscheidungen nach, dann ergibt sich in der Tat, daß der Reichstag nicht nur bei den oben erwähnten Auswertungsfehlern, sondern auch in den Fällen der Falschbeteiligung³⁷⁾, bei Verstößen gegen das Wahlreglement³⁸⁾ und bei Wahlbeeinflussungen³⁹⁾ Ausgleichsberechnungen in bezug

30) Hatschek, Parlamentsrecht, S. 563.

31) Seifert, BWG 56 S. 324 unter 7. i. Verb. m. S. 328/29. Von der Möglichkeit einer „rechnerischen Verbesserung“ des Wahlergebnisses sprechen übrigens auch Maunz-Dürig Rand Nr. 27 zu Art. 41 GG.

32) Vgl. Hatschek, Dr. und Preuß. Staatsrecht, Bd. I S. 463, wo von einer „Reparatur auf ziffernmäßig abzuschätzendem Wege“ die Rede ist. Seifert, BWG 56 S. 328 unten, spricht von einem Stimmenausgleich „durch substantiierte Schätzung“. Während bei ihm die Grenzen einer derartigen Korrektur nicht genau erkennbar sind, räumt Hatschek, a. a. O. S. 467 Fußnote 1, ein, daß eine „rechnerische Reparatur“ dort nicht möglich sei, wo sich überhaupt keine Anhaltspunkte für die Richtung einer rechtswidrigen Einwirkung ergeben.

33) a. a. O. S. 462.

34) Vgl. a. a. O. S. 462 und dort Fußnote 1 sowie S. 466 Mitte.

35) Hatschek, Parlamentsrecht, S. 509 und Dt. und Preuß. Staatsrecht a. a. O. S. 460/61.

36) Seifert, BWG 56 S. 338 oben.

37) vgl. RT Drucksachen 1890/91 Nr. 336 und 1912/14 Nr. 1435 unter II Ziff. 11 und 15.

38) vgl. RT Drucksachen 1907/09 Nr. 908.

39) vgl. RT Drucksachen 1878 Nr. 121 i. V. m. Stenogr. Berichte 1878 S. 774 ff.; weitere Nachweise bei Hatschek, Parlamentsrecht, S. 566.

auf die abgegebenen Stimmen angestellt hat. Die Berechnungsmethoden schwankten, je nachdem, ob es sich um schwere oder minder schwere Verstöße handelte. Im ungünstigsten Falle wurden bei Wahlbeeinflussungen dem Gewählten alle für ihn abgegebenen Stimmen abgezogen und zusammen mit den Stimmen derjenigen Wähler, die möglicherweise nur infolge der Beeinflussung der Urne ferngeblieben waren, dem im Wahlkreis nächst erfolgreichen Kandidaten hinzugerechnet⁴⁰⁾. Über die Ausgleichsberechnungen des Wahlprüfungsgerichtes beim Weimarer Reichstag, auf die sich Seifert⁴¹⁾ bezieht, ist oben im § 12 II 2 bereits berichtet worden. Wie gerade die dortigen Ausführungen zeigen, erfolgten diese Berechnungen aber nicht, um das Wahlergebnis gegebenenfalls mit dem Ziele einer neuen Sitzverteilung zu berichtigen. Berechnet wurde vielmehr einzig und allein zu dem Zweck, festzustellen, ob die bisher für gewählt erklärten Kandidaten auch ohne den Fehler noch die erforderliche Mehrheit hinter sich hatten. Nichts anderes verfolgten auch die Ausgleichsberechnungen des Reichstages der Kaiserzeit und des OLG Colmar. War z. B. im Falle der rechtswidrigen Wahlbeeinflussung zufolge des Stimmenabzugs die erforderliche Mehrheit bei einem Kandidaten nicht mehr vorhanden, dann erklärten der Reichstag oder das OLG Colmar nicht etwa — wie das nach der Darstellung H a t s c h e k s den Anschein hat — den „geschädigten“ Gegenkandidaten für gewählt, sondern sie hoben die Wahl des betreffenden Wahlkreises auf⁴²⁾. Wie dargestellt, hielt sich ja der Reichstag zur Proklamation eines anderen Bewerbers gar nicht befugt⁴³⁾.

Auf die Fragwürdigkeit der skizzierten Abzugssysteme soll hier nicht nochmals eingegangen werden. Sie ist an anderer Stelle⁴⁴⁾ behandelt. Wesentlich ist für den vorliegenden Zusammenhang nur, daß die sog. Stimmenberichtigung in der älteren Praxis nichts anderes war als ein Versuch, die Auswirkungen eines Fehlers festzustellen. Weder aus der Kaiser- noch aus der Weimarer Zeit ist dem Verfasser eine Entscheidung bekannt geworden, in der auf der Grundlage derartig ungenauer Wahrscheinlichkeitsberechnungen eine andere Sitzverteilung angeordnet worden wäre. Aus diesem Grunde ist es falsch, zumindest aber sehr mißverständlich, von einem Vorrang der „nachträglichen Verbesserung des Wahlergebnisses“ oder, wie B a l l⁴⁵⁾, von einem „zahlenmäßigen Ausgleich als Folge“ einer Wahlbeeinflussung oder eines Formfehlers zu sprechen, ohne zugleich zu erwähnen, daß es sich hierbei nicht eigentlich um eine wahlprüfungsrechtliche Reaktion, sondern um eine Methode der Erheblichkeitsprüfung handelt.

40) vgl. Abgeordneter Eysoldt, Stenogr. Berichte 1878 S. 778 rechte Sp.; ferner Abgeordneter v. Köller, Stenogr. Berichte 1884 S. 583 rechte Sp.

41) vgl. BWG 56 S. 328/29 Fußnoten 15 und 17.

42) vgl. neben dem in Anm. 39 angeführten RT-Beschluß noch Beschluß vom 21. 1. 1902, Stenogr. Berichte 1902 S. 3541; ferner Ball S. 67 und zur Praxis des OLG Colmar: Fischbach S. 121 unter 3) und Mook in DJZ 1912 Sp. 312 unter V.

43) Vgl. oben unter II. und Anm. 11 und 12.

44) Oben § 12 II, 2.

45) Ball S. 89/90 und 235. Auch Schiller, der die starren Ausgleichsberechnungen des RWPG mit Recht ablehnt, scheint auf S. 60 ff. zu übersehen, daß es sich hierbei um eine Berichtigung im eigentlichen Sinne gar nicht gehandelt hat.

Greeve⁴⁶⁾ ist dieser mißverständlichen Terminologie gründlich zum Opfer gefallen, wenn er unter Bezugnahme auf H a t s c h e k sagt, die vom Bundestag im Rahmen des § 1 Abs. 2 Wahlprüfungsgesetz zu verhängenden Sanktionen müßten „nach dem Gesichtspunkt getroffen werden, vorhandene Mängel zu beseitigen, um ein rechtmäßiges Wahlergebnis zu erzielen“ und sodann fortfährt: „So wird der Bundestag z. B. bei kausalen Berechnungs-⁴⁷⁾ und Beteiligungsfehlern selbst eine Neuberechnung vornehmen und die Neuverteilung der Mandate als Folge seiner Ungültigerklärung i. S. § 1 Abs. 2 Wahlprüfungsgesetz verkünden können. Denn ein wahlprüfungsrechtlicher Gewohnheitssatz, dessen Anwendbarkeit auch heute noch gerechtfertigt erscheint, ist es, die durch die Wahlfehler hervorgerufenen Schädigungen der einen oder anderen Partei, so gut es geht, durch ziffernmäßige Berechnung auszugleichen und den Notbehelf der Wiederholungswahl im Wahlbezirk . . . nur dann anzuordnen, wenn sich keine anderen Möglichkeiten bieten, das richtige Wahlergebnis festzustellen“.

Greeve erkennt, daß eine Berichtigung des Wahlergebnisses nur dort weiterhelfen kann, wo der Fehler inhaltlich und umfangmäßig bekannt und seiner Art nach reparabel ist. Das ist bei den Auswertungsfehlern, nicht aber bei den sog. Beteiligungsfehlern der Fall. Man weiß bei diesen zwar, wie viele Wähler zu Unrecht gewählt bzw. nicht gewählt haben, unbekannt ist hingegen, wie diese Wähler abstimmten bzw. wie sie abgestimmt hätten, wenn sie zugelassen worden wären. Würde man auch hier die „Schädigung“ einer Partei durch ziffernmäßige Berechnungen ausgleichen und auf diese Weise die Mandate neu verteilen, dann bedeutete das, daß an die Stelle der Wählerentscheidung die der Wahlprüfungsinstanz gesetzt würde. Das ist unzulässig. Wo man nicht weiß, was richtig ist, gibt es nichts zu „berichtigen“⁴⁸⁾. Alle dahingehenden Versuche laufen Gefahr, die Dinge nur noch zu verschlimmern⁴⁹⁾. Als wahlprüfungsrechtliche Folge eines erheblichen, aber inhaltlich und umfangmäßig im Ungewissen bleibenden Verstoßes bleibt daher nur die Kassation des Wahlaktes⁵⁰⁾.

III. Der Umfang der Kassation

Wiewohl rechtlich als einheitlicher Willensakt erscheinend, setzt sich fast jedes Wahlergebnis aus verschiedenen Einzelergebnissen zusammen. Von einer wirklich einheitlichen Verhandlung kann nur bei Kommunalwahlen in kleineren Gemeinden gesprochen werden. Nur dort vollzieht sich der Wahlakt noch in einem Raum und an einer Urne. Schon bei größeren Gemeinden besteht eine solche Einheitlichkeit nicht mehr. Es muß hier, und erst recht bei

⁴⁶⁾ Greeve S. 80.

⁴⁷⁾ Hier Auswertungsfehler genannt.

⁴⁸⁾ Im Ergebnis ebenso: Schiller S. 60.

⁴⁹⁾ Das OVG Koblenz hat es deswegen in AS Rh-Pf 6, 348/49 mit Recht abgelehnt, im Falle der rechtswidrigen Zurückweisung einer Listenverbindung die für die Listen getrennt abgegebenen Stimmen einfach zusammenzuzählen und alsdann die Sitze so zu verteilen, „als ob“ die Listenverbindung wirksam erklärt und bekannt gemacht worden sei.

⁵⁰⁾ Vgl. VGH Kassel, Urt. vom 13. 5. 1949 im Hess. StAnz. 1950 Nr. 17, Beilage 1 S. 1 (gegen die Vorinstanz).

den großen parlamentarischen Wahlen, der Abstimmungsvorgang aus technischen Gründen in kleinere und kleinste Bezirke aufgespalten werden. Erst aus den Abstimmungsergebnissen dieser kleinen Bezirke wird das Wahlergebnis im Gesamtgebiet ermittelt.

Wahlfehler können sich nun über das ganze Wahlgebiet erstrecken, so z. B. die rechtswidrige Zurückweisung eines Wahlvorschlages oder die Ausgabe von falschen Stimmzetteln, sie können aber auch nur auf eines der unselbständigen Teilergebnisse begrenzt sein. Letzteres ist sogar der Regelfall, weil sich die am häufigsten vorkommenden Formverstöße meist nur über einzelne Stimmbezirke erstrecken. Während in den ersterwähnten Fällen und dort, wo ein wirklich einheitlicher Wahlakt vorliegt, das Wahlergebnis im gesamten Abstimmungsgebiet unrichtig erscheint und deswegen bei Irreparabilität des Fehlers die Kassation für das gesamte Gebiet ausgesprochen werden muß⁵¹⁾, bleiben bei Fehlerhaftigkeit von Teilergebnissen wesentliche Teile des Wahlaktes unbeeinträchtigt. Wenig Interesse bieten derartige Fälle, wenn schon die Zahl der Wahlberechtigten des betreffenden Bezirks nicht ausreicht, um die Mehrheit für das Gesamtergebnis zu ändern oder wenn es nach Lage der Dinge zumindest unwahrscheinlich ist, daß sich ohne den Fehler eine andere Mehrheit ergeben hätte⁵²⁾. Der Fehler ist dann für die Sitzverteilung ohne Einfluß geblieben, kann also außer acht gelassen werden, ohne daß dadurch der Mehrheitsgrundsatz verletzt würde.

Fraglich ist hingegen, was geschehen soll, wenn sich ein Fehler im Teilergebnis mit einiger Gewißheit auch auf das Gesamtergebnis, d. h. die Sitzverteilung ausgewirkt hat. Soll hier die ganze Wahl oder nur das jeweils engere Teilergebnis kassiert werden?

Für Aufhebung der ganzen Wahl könnte angeführt werden, daß bei der Kassation nur eines Teilergebnisses eine notwendig werdende Wiederholungswahl nicht mehr unter den gleichen Umständen stattfindet wie die erste, und daß die Wähler derjenigen Bezirke, in denen eine Wiederholungswahl stattfindet, anderen gegenüber durch die Kenntnis des Abstimmungsergebnisses im Vorteil sind⁵³⁾. Um die Einheitlichkeit der Willensentscheidung zu gewährleisten, müßte deswegen auch dort, wo sich die Fehlerhaftigkeit auf einen Wahlbezirk beschränkt, der Wahlakt wenn nicht ganz, so doch in dem Umfang wiederholt werden, in dem er über das Stimmenergebnis hinaus für die Verteilung der Abgeordnetensitze von Bedeutung ist. Bei einem erheblichen Verstoß wäre das die Wahl des betreffenden Wahlkreises, denn erstmals dort bildet die Wahl eine gewisse Einheit und erstmals dort spielen die Teilergebnisse für die Mandatzuteilung eine selbständige Rolle. Aus dem Gesichtspunkt der Einheit des Wahlaktes treten denn auch F i s c h b a c h⁵⁴⁾

51) Vgl. dazu Ball S. 230.

52) Vgl. Piccenoni S. 164.

53) Vgl. oben § 9 II unter 3.

54) Fischbach S. 122 oben. Mit der gegenteiligen Praxis des OLG Colmar setzt sich Fischbach allerdings nicht auseinander.

und H a t s c h e k ⁵⁵⁾ dafür ein, daß die ganze Wahl kassiert und wiederholt werden müsse. Während es den Ausführungen F i s c h b a c h s nicht zu entnehmen ist, ob er mit dieser Forderung das ganze Wahlgebiet oder nur den jeweiligen Wahlkreis erfassen will, sagt H a t s c h e k für die Mehrheitswahl an anderer Stelle⁵⁶⁾, von einer wirklichen Einheit könne nur im Wahlkreis gesprochen werden. Dementsprechend will er im Ergebnis den Umfang der Kassation offenbar auch nur auf den eigentlich befallenen Bezirk erstrecken^{56a)}.

In der Theorie ist der Auffassung von der Einheitlichkeit der Wahlverhandlung zuzugeben, daß die Wahl insoweit eine Einheit bildet, als dabei nicht nur der einzelne Wähler, sondern das Volk als Staatsorgan tätig wird. Richtig an dieser Auffassung ist ferner, daß alle Maßnahmen des Wahlverfahrens dem gleichen Ziel zugeordnet sind, der Kreation eines Parlaments. Gleichwohl ist nicht einzusehen, warum diese funktionale Gemeinsamkeit nun der Anlaß sein soll, all die vielen Einzelhandlungen, aus denen sich ein Wahlergebnis zusammensetzt, ihrer Selbständigkeit zu entkleiden und sie in einen einzigen Kollektivakt einzuschmelzen. Praktisch ist doch das Wahlverfahren nicht so gestaltet, daß es sich in einem Akt, oder — wie das nach den Vorstellungen Carl S c h m i t t s ⁵⁷⁾ der Fall sein müßte — in einer elementar-einheitlichen Willensäußerung vollzieht. Der Wahlakt zerfällt vielmehr räumlich und zeitlich in zahlreiche Einzelhandlungen, angefangen von der Erfassung der Wahlberechtigten bis zur Feststellung der Mandatszuteilung und ihrer Bekanntmachung. Die Einzelakte sind deutlich voneinander abgegrenzt, sie gehen nicht von einer, sondern von den verschiedensten Behörden aus. Auch das eigentliche Wählen erfolgt nicht in gemeinschaftlicher Akklamation, sondern in Einzelabstimmung. Da mithin faktisch jedes Wahlergebnis lediglich das Resultat einer Summe von sinnvoll einander ergänzenden Einzelhandlungen darstellt, können Fehler in einem Akt für die anderen ohne jede Bedeutung sein. Wohl aus diesen Gründen sind die Forderungen H a t s c h e k s und F i s c h b a c h s von der deutschen Praxis — anders eine Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts⁵⁸⁾ — überwiegend nicht beachtet worden. Schon der alte Reichstag⁵⁹⁾ beschränkte die Kassation stets auf die Wahlbezirke bzw. -kreise, in denen sich ein erheblicher Fehler eingestellt hatte. Im gleichen Sinne verfuhr das Wahlprüfungsgericht beim Reichstag der Weimarer Zeit⁶⁰⁾. Es ist, solange dieses Gericht existierte, überhaupt nur einmal vorgekommen, daß die Wahl eines ganzen Wahlkreises kassiert werden mußte⁶¹⁾. Im übrigen beschränkten sich die vom Wahlprüfungsgericht ausgesprochenen Kassationen auf einzelne Wahlbezirke.

⁵⁵⁾ Hatschek, Parlamentsrecht, S. 311.

⁵⁶⁾ Vgl. a. a. O. S. 351 und Dt. und Preuß. Staatsrecht, Bd. I, S. 390 unten.

^{56a)} vgl. Parlamentsrecht S. 351 unten und Dt. und Preuß. Staatsrecht, Bd. I, S. 461 unten.

⁵⁷⁾ Carl Schmitt, Verfassungslehre, S. 243 ff.; vgl. demgegenüber Peter Schneider, Ausnahmezustand und Norm, S. 148 ff.

⁵⁸⁾ Dieses hat sich im Interesse der Einheitlichkeit des Wahlaktes für die Kassation im ganzen Wahlgebiet ausgesprochen, vgl. Piccononi S. 166/67, der diese Auffassung aber nicht teilt.

⁵⁹⁾ Vgl. Ball S. 65/67, 69, 70, 91 und 230.

⁶⁰⁾ Vgl. Ball S. 166 f.; Kaisenberg, HdbDtStR I, 406.

Nicht ganz einheitlich ist die gesetzliche Regelung. In Anlehnung an die ältere Praxis begrenzen die parlamentarischen Wahlgesetze in Bund⁶²⁾ und Ländern⁶³⁾ mit Ausnahme von Hamburg⁶⁴⁾ den Umfang der Kassation und dementsprechend die Wiederholung des Wahlaktes auf den jeweils engeren Teilbezirk. Die Kommunalwahlgesetze stellen es hingegen bei erheblichen Fehlern im Teilergebnis teils in das Ermessen der Wahlprüfungsorgane, ob sie die Wahl im engeren oder im Gesamtgebiet wiederholen wollen⁶⁵⁾, teils ordnen sie eine Wiederholungswahl für das Gesamtgebiet dann an, wenn sich die festgestellten Fehler auf mehr als die Hälfte der Stimm- bzw. Wahlbezirke erstrecken⁶⁶⁾. Lediglich in Niedersachsen⁶⁷⁾ und im Saarland⁶⁸⁾ ist die Ungültigkeitserklärung wie auf der parlamentarischen Ebene auf den jeweils engsten Teilbezirk beschränkt.

Dieser letzterwähnten Lösung ist der Vorzug zu geben. Sie ist zweifellos weniger kostspielig und praktikabler als die anderen und geht im übrigen von der zutreffenden Erwägung aus, daß ohne Nachteil für das Ganze die Akte des Wahlverfahrens auch selbständig erfaßt werden können. Auch wenn man nämlich die Kassation auf diejenigen Bezirke beschränkt, in denen ein Fehler vorgekommen ist, bleibt das Gesamtergebnis nicht bestehen. Es wird als solches aufgehoben und anhand der neuen Teilergebnisse neu ermittelt. Mit der Kassation eines Teilaktes fällt also in jedem Fall das Ergebnis im Gesamtgebiet⁶⁹⁾. Daß die Wahlberechtigten bei einer Wiederholungswahl im Teilbezirk infolge ihrer Kenntnis vom Gesamtergebnis möglicherweise in einer bevorzugten Lage sind, bedeutet demgegenüber zweifellos einen Mißstand. Dieser Mißstand besteht indessen bei jeder Wiederholungswahl; er läßt sich vollkommen selbst dann nicht beseitigen, wenn die Wahl im ganzen Wahlgebiet wiederholt würde⁷⁰⁾. Gerade weil es sich hierbei um einen Mißstand handelt, sollte er aber so klein wie möglich gehalten werden. Den Umfang der Kassation über die eigentliche Fehlerquelle hinaus zu erweitern,

61) Vgl. Kassenberg a. a. O.; Grund war die Nichtzulassung einer Partei.

62) Vgl. § 44 des BWG 56 i. V. m. § 80 BWO vom 16. 5. 1956 (BGBl. I, S. 441).

63) Vgl. Art. 50 des LandeswahlG von Bad.-Württ. vom 9. 5. 1955 (GBl. S. 71). Art. 68 des bayer. LandeswahlG i. d. F. vom 5. 9. 1958 (GVBl. S. 221) i. V. m. § 87 der dazu ergangenen Landeswahlordnung vom 22. 9. 1958 (GVBl. S. 273); § 83 der LandeswahlO von Berlin vom 28. 3. 1958 (GVBl. S. 663); § 41 des WahlG f. d. Bürgerschaft von Bremen vom 22. 4. 1955 (GVBl. S. 63); § 43 des Hess. LandeswahlG i. d. F. vom 21. 7. 1958 (GVBl. S. 81); i. V. m. § 67 der dazu ergangenen Landeswahlordnung vom 28. 7. 1958 (GVBl. S. 91); § 44 des Niedersächs. LandeswahlG i. d. F. vom 17. 12. 1958 (GVBl. S. 183) i. V. m. § 78 der dazu ergangenen Landeswahlordnung vom 18. 12. 1958 (GVBl. S. 203); § 37 des LandeswahlG von Nordrhein.-Westf. i. d. F. vom 27. 2. 1962 (GVBl. S. 97); § 50 des LandeswahlG von Rheinland-Pfalz i. d. F. vom 12. 1. 1959 (GVBl. S. 23); § 56 des saarländ. LandeswahlG vom 29. 9. 1960 (Amtsbl. S. 759).

64) § 39 Abs. 3 des Gesetzes über die Wahl zur hamburgischen Bürgerschaft vom 24. 4. 1961 (GVBl. S. 139) bestimmt: „Wird eine Wiederholungswahl in Wahlbezirken mit zusammen mehr als einem Viertel der Wahlberechtigten erforderlich, so ist die ganze Bürgerschaft neu zu wählen“.

65) So § 28 des KommunalwahlG von Bad.-Württ. i. d. F. vom 27. 7. 1959 (GVBl. S. 96) und Art. 38 Abs. 4 des GemeindewahlG von Bayern i. d. F. vom 11. 12. 1959 (GVBl. S. 267).

66) So § 40 Abs. 1 des KommunalwahlG von Nordrhein.-Westf. i. d. F. vom 24. 12. 1960 (GVBl. S. 449) und § 24 Ziff. 2 b des Hess. Gemeinde- und KreiswahlG i. d. F. vom 1. 7. 1960 (GVBl. S. 143).

67) Vgl. § 39 des KommunalwahlG von Niedersachsen i. d. F. vom 20. 1. 1961 (GVBl. S. 5).

68) Vgl. § 51 Abs. 4 des saarl. KommunalwahlG i. d. F. vom 29. 9. 1960 (Amtsbl. S. 706).

69) Vgl. Piccenoni S. 171.

70) Infolge der heute üblichen demoskopischen Veröffentlichungen von Wählerumfragen ist der Mißstand übrigens nicht so bedeutend, wie er zunächst erscheint.

hieße die Nachteile, die eine Wiederholungswahl in sich trägt⁷¹⁾, nur noch vergrößern. Die Wiederholungswahl wäre dann nicht mehr die unvermeidbare, weil anders nicht zu beseitigende Reparatur eines Wahlfehlers, sondern eine ganz neue Wahl⁷²⁾. Leitgedanke der Wiederholungswahl ist es jedoch, „die Wahl möglichst unter solchen Bedingungen zu wiederholen, wie sie richtigerweise bereits bei der Hauptwahl hätten vorliegen müssen“⁷³⁾. Wo diese Bedingungen schon bei der Hauptwahl gegeben waren, besteht kein Grund für eine Reparatur. Umgekehrt ergibt sich aus dem Zweck und den Unzulänglichkeiten der Wiederholungswahl die Forderung, daß die Kassation auf das unumgängliche Minimum begrenzt wird⁷⁴⁾.

§ 16 Das Recht auf Repräsentation

I. Die Doppelnatur der Reaktionen

Wie im Vorangegangenen gezeigt wurde, besteht jede Reaktion des materiellen Wahlprüfungsrechts aus zwei Akten: aus der Aufhebung des Unrichtigen und der Neuschaffung des Richtigen. In den Fällen der Berichtigung wird nur das Wahlergebnis, in den Fällen der Kassation dagegen auch der Wahlakt, und zwar je nach dem Umfang seiner Fehlerhaftigkeit aufgehoben. Insoweit erfährt eine mit Fehlern behaftete Wahl also die gleiche Behandlung wie andere fehlerhafte Staatsakte auch. Eine Besonderheit, die entfernt mit der Aufhebung und Zurückverweisung von fehlerhaften Zivil- oder Strafurteilen vergleichbar ist, besteht jedoch darin, daß die Reaktionen des materiellen Wahlprüfungsrechts über die Beseitigung des Unrichtigen hinausgehen. Wo es möglich ist, wird ein fehlerhaftes Wahlergebnis durch Neuverteilung der Mandate berichtigt, wo nicht, wird eine Wiederholungswahl angeordnet. Man empfindet es fast wie eine Selbstverständlichkeit, daß im Rahmen der Wahlprüfung nicht nur das Unrichtige beseitigt, sondern in unmittelbarem Anschluß hieran auch das Richtige geschaffen werden muß. Gleichwohl ist das nicht immer so gewesen.

II. Einschränkungen der Wiederholungswahl

Für die Wahlen zum Reichstag der Weimarer Zeit und zum Preussischen Landtag war zwar für jeden Fall der Kassation des Wahlaktes im Wahlkreis die Durchführung einer Neuwahl vorgesehen. Dagegen war die Anordnung einer Wiederholungswahl in das Ermessen (!) der Wahlprüfungsinstanzen gestellt, wenn der Wahlakt nur in einem Bezirk kassiert werden mußte. Waren seit der Hauptwahl bereits 6 Monate verstrichen, so war die Anordnung einer Wiederholungswahl im Wahlbezirk kraft Gesetzes sogar ausgeschlossen¹⁾. Da sich das Wahlprüfungsverfahren regelmäßig länger als

71) Über diese vgl. oben § 9 II unter 3.

72) Bedenklich deshalb VGH Stuttgart in ESGHE 9, 94, wo dafür plädiert wird, stets die ganze Wahl aufzuheben.

73) Vgl. Seifert, BWG 56 S. 197 unter 6.

74) Im Endergebnis ebenso: Schiller S. 57.

1) Vgl. den § 37 des ReichswahlG vom 27. 4. 1920 i. d. F. vom 6. 3. 1924 (RGBl. I, S. 159) und den gleichlautenden § 37 des Preuß. LandeswahlG i. d. F. vom 28. 10. 1924 (GS S. 671).

6 Monate hinzog — die abschließenden Entscheidungen erfolgten meistens erst 1 bis 2 Jahre nach dem Wahltag²⁾ — konnte es vorkommen, daß selbst dort, wo es dringend für notwendig erachtet wurde, eine Wiederholungswahl unterbleiben mußte³⁾. In einem solchen Fall waren demzufolge die wahlprüfungsrechtlichen Sanktionen auf die Beseitigung des Unrichtigen beschränkt, es blieb — wie Schiller⁴⁾ sagt — eine Lücke bestehen.

Angesichts der offenbaren Unbilligkeit, die eine derartige Regelung insbesondere dann bedeutete, wenn das Teilergebnis nur infolge eines behördlichen Fehlers kassiert werden mußte, berührt es merkwürdig, daß hiergegen niemals Beanstandungen laut geworden sind. Ball⁵⁾, Hettner^{5a)}, Kaisenberg⁶⁾ und Stier-Somlo⁷⁾ weisen auf diese Regelung hin, äußern aber nicht den geringsten Zweifel an ihrer Vereinbarkeit mit dem verfassungsmäßig verankerten Wahlrecht. Hatschek⁸⁾ will sie sogar noch einschränkend interpretieren und eine Wiederholungswahl im Falle der widerrechtlichen Wahlbeeinflussung offenbar überhaupt ausschließen. Lediglich bei Schiller⁴⁾ findet sich die Bemerkung, eine derartige Regelung liefe darauf hinaus, daß die Wähler in dem betreffenden Wahlbezirk für die Dauer der Legislaturperiode nicht „gültig wählen“ könnten. Über die Verfassungsmäßigkeit sagt Schiller jedoch nichts. Gerade diese Frage verdient aber besonderes Interesse.

Zwar ist es nach den modernen Wahlgesetzen nicht mehr in das Ermessen der Wahlprüfungsorgane gestellt, ob sie bei Beschränkung der Kassation auf einen Wahl- oder Stimmbezirk eine Wiederholungswahl anordnen wollen oder nicht. Ist ein fehlerhaftes Teilergebnis für das Gesamtergebnis erheblich gewesen, dann muß die Wahl nach den gegenwärtigen Bestimmungen grundsätzlich wiederholt werden⁹⁾. Aber das ist nicht ausnahmslos so. Nach der Regelung des Bundeswahlgesetzes¹⁰⁾ und der Landtagswahlgesetze von Baden-Württemberg¹¹⁾, Bayern¹¹⁾ und Nordrhein-Westfalen¹¹⁾ hat eine Wiederholungswahl zu unterbleiben, wenn nur ein Teilergebnis kassiert wurde und im übrigen feststeht, daß innerhalb von 6 Monaten eine neue Vertretungskörperschaft gewählt wird. In einem solchen Fall hat es ebenfalls mit

2) Vgl. Ball S. 163 und S. 184/85. Wie die oben im § 5 Anm. 10, § 6, Anm. 5 und § 13, Anm. 8 angeführten Wahlprüfungsbeschlüsse des BT aus den Jahren 1951/52 zeigen, benötigte z. T. auch der BT über 2 Jahre, um über Wahleinsprüche zu entscheiden. Es handelt sich bei sämtlichen Beschlüssen um die BT Wahl vom 14. 8. 1949! Über die Gründe der Verzögerung vgl. Schneider in BK, Erl. II 2 zu Art. 41 GG.

3) Hettner, DJZ, Sp. 1088, hielt diesen Zustand, für den die im PrVBl. Jg. 42, 339 abgedruckte Entscheidung des RWPG vom 3. 12. 1920 ein eindrucksvolles Beispiel bietet, mit Recht für beklagenswert. Auch das WPG beim Preuß. LT sah sich wegen Verstreichens der 6-Monatsfrist regelmäßig daran gehindert, eine Wiederholungswahl anzuordnen, vgl. Ball S. 188 und 192.

4) Schiller S. 61.

5) Ball S. 138/39 und 203 oben.

5a) Hettner oben Anm. 3.

6) Kaisenberg, HdbDtStR I, S. 407.

7) Stier-Somlo, Dt. Reichs- und Landesstaatsrecht, Bd. I, S. 562.

8) Hatschek, Dt. und Preuß. Staatsrecht, Bd. I, S. 464.

9) Vgl. Seifert, BWG 56 S. 197 unter 5.; zum Kommunalwahlrecht vgl. z. B. die Regelung in §§ 29, 29a des Bad.-Württ. KommunalwahlG i. d. F. vom 27. 7. 1959 (GBl. S. 96).

10) Vgl. § 44 Abs. 3 Satz 2 BWG 56.

11) Vgl. die oben § 15 Anm. 63 angeführten Bestimmungen.

der Kassation sein Bewenden. Da es mithin auch heute noch vorkommen kann, daß Wähler eines Bezirkes in der Volksvertretung ohne Repräsentation bleiben, ist die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der erwähnten Bestimmungen nach wie vor aktuell. Gegenüber der Weimarer Regelung sind gegenwärtig lediglich die zeitlichen Grenzen enger gezogen.

Nun kann es aber nicht die Aufgabe der vorliegenden Arbeit sein, das Problem der Verfassungsmäßigkeit derartiger Vorschriften isoliert zu behandeln. Denn im Grunde bildet dieses Problem nur einen Ausschnitt der uns speziell interessierenden Frage, ob es nicht aus verfassungsrechtlichen Gründen prinzipiell erforderlich ist, im Rahmen der Wahlprüfung mit der Aufhebung des Unrichtigen immer auch das Richtige zu schaffen. Deswegen können die erwähnten Bestimmungen nur der Ausgangspunkt für eine Untersuchung sein, inwieweit die Reaktionen des materiellen Wahlprüfungsrechts dem Wähler auf jeden Fall die Teilnahme an der staatlichen Willensbildung ermöglichen müssen. Diese Frage kann nur aus dem materiellen Inhalt des Wahlrechts beantwortet werden.

III. *Der Inhalt des Wahlrechts*

So zahlreich die Äußerungen über Rechtsnatur und Funktion des Wahlrechts sind, so spärlich sind die Versuche, es inhaltlich und umfangmäßig im einzelnen abzugrenzen. Es scheint, als habe man über den Streit, ob das Wahlrecht einen mehr individuellen oder mehr ganzheitlich funktionalen Charakter trage¹²⁾, die mindestens ebenso bedeutsame Frage, was eigentlich den Inhalt dieses „vornehmsten Rechtes des Bürgers“ ausmacht, ganz allgemein vernachlässigt. Selbst in der ungemein gründlichen Abhandlung des Schweizers Affolter¹³⁾ über den Begriff der politischen Rechte finden sich speziell zu dieser Frage keine neuen Erkenntnisse. Affolter sieht im Wahlrecht kein subjektiv-öffentliches, sondern ein objektives Recht, welches materiell Ausübung der dem Volk zustehenden Kompetenzen und funktionell Teilnahme des Bürgers an der Organwillensbildung sei¹⁴⁾. An anderer Stelle sagt er, das Wahlrecht gebe dem Aktivbürger die Möglichkeit, den „Staatswillen zu bilden und damit an der Entscheidung über das, was im Staate Recht sein soll oder nicht, teilzunehmen“¹⁵⁾. Inhaltlich sieht er im Wahlrecht also ein Recht auf Teilnahme an der staatlichen Willensbildung. Als solches wird das Wahlrecht auch in der deutschen Literatur bestimmt. Es finden sich Umschreibungen, die das Wahlrecht als „politisches oder aktives Mitwirkungsrecht“¹⁶⁾, als ein Recht „auf Teilnahme an der staatlichen Willensbildung des Volkes bei der Wahl“¹⁷⁾, oder wie v. Mangoldt-Klein¹⁸⁾

12) Vgl. die Zusammenstellung bei Brauns II, S. 3 ff.

13) Affolter S. 76 ff.

14) a. a. O. S. 101.

15) a. a. O. S. 99.

16) So z. B. Greeve S. 92; Hamann, Kommentar S. 37; Badhof, „Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung“, Tübingen, 1951, S. 67.

17) So die Formulierung bei Seifert, BWG 56 S. 88 oben; Georg Jellinek, System S. 136, und Kelsen, Demokratie, S. 17, gebrauchen die gleiche Formulierung, jedoch ohne den Zusatz „bei der Wahl“.

18) v. Mangoldt-Klein S. 60; ähnlich VGH Kassel in Hess. StAnz. 1950, Beilage 8, S. 48.

als „spezifisches Mitwirkungsrecht“ bezeichnen, welches die „aktive Teilnahme der Staatsbürger an der Bildung und Betätigung des Staatswillens regelt“ und ihm „eine Einflußnahme auf die Gestaltung der staatlichen Verhältnisse sichert“.

Trotz der unterschiedlichen Terminologie kann den erwähnten Umschreibungen eines entnommen werden: Das Wahlrecht ist seinem Gegenstand nach ein Recht auf Teilnahme an der staatlichen Willensbildung. Damit ist nun aber sein Inhalt noch nicht eindeutig festgelegt. Es bleibt unklar, auf welche Art staatlicher Willensbildung sich das Mitwirkungsrecht beziehen soll. Soll es nur die unmittelbare Willensbildung des Volkes zum Gegenstand haben, wie sie sich in Wahlen und Abstimmungen vollzieht, oder soll es sich — wie das nach einer Formulierung Stier-Somlos¹⁹⁾ den Anschein hat — auch auf die mittelbare Willensbildung erstrecken? Dies ist die Kernfrage, die in den angeführten Umschreibungen nicht, zumindest nicht eindeutig beantwortet wird.

Wer allgemein von einem Mitwirkungsrecht spricht, kann sowohl die unmittelbare, als auch die mittelbare Willensbildung in den Volksvertretungen meinen. Wer dagegen wie Seifert²⁰⁾ und früher Otto Mayer²¹⁾ oder Hatschek²²⁾ ausdrücklich nur die Willensbildung „bei der Wahl“ erwähnt, bezieht das Teilnahmerecht anscheinend nur auf die unmittelbare Willensbildung. Als zum Inhalt des Wahlrechts gehörend bezeichnen Seifert²⁰⁾ und v. Mangoldt-Klein²³⁾ neben dem Wahlvorschlagsrecht, das hier nicht weiter interessiert, das Recht auf Stimmabgabe im Rahmen der Wahlhandlung. Wörtlich genommen würde ihre Definition bedeuten, daß sich das Wahlrecht — wie vom Bundesverfassungsgericht²⁴⁾ tatsächlich auch einmal erklärt wurde — in der bloßen Abstimmungsbefugnis erschöpft. Das Mitwirkungsrecht wäre danach mit der Stimmabgabe verbraucht und hätte bis zum Beginn einer neuen Wahlperiode²⁵⁾ keinen anderen Inhalt als einen Anspruch gegen die Wahldurchführungsbehörden auf gesetzmäßiges Tätigwerden im Wahlverfahren²⁶⁾.

19) Vgl. unten Anm. 31.

20) Vgl. Anm. 17; ebenso wohl auch Bäumlin, wenn er auf S. 13 sagt: „In der repräsentativen Demokratie ist die Mitwirkung des Volkes bei der staatlichen Willensbildung . . . auf die Wahl der Repräsentativversammlung beschränkt . . .“

21) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bd. 2, S. 113, Fußnote 12.

22) Hatschek, Dr. und Preuß. Staatsrecht, Bd. I, S. 390; ähnlich Finger, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Stuttgart 1923, S. 269.

23) v. Mangoldt-Klein, Erl. III 1 zu Art. 38 GG.

24) Vgl. BVerfG 5, 6, wo es beiläufig heißt: „ . . . das Wahlrecht (hat) sich für diese Wahl in der Stimmabgabe erschöpft . . .“

25) Mit Recht wird es von BVerfG 1, 33 und vom Bayer. VerfGH in VGHE N. F. 11, II. Teil, S. 6 ff. und N. F. 12 II. Teil, S. 37 ff. als zum Inhalt des Wahlrechts gehörig angesehen, daß eine Volkswahl in den festgelegten, zumindest aber in angemessenen Zeitabständen wiederholt werden muß. Durch Art. 3 des Zusatzprotokolls zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 20. 3. 1952 (vgl. BGBl. 1956, II, S. 1880) ist das ausdrücklich noch einmal klar gestellt worden. Der im Zeitpunkt der Wahl maßgebliche Turnus darf danach von der gewählten Körperschaft zugunsten der eigenen Amtsdauer nicht verlängert werden, vgl. Maunz-Dürig, Rand Nr. 56 zu Art. 20 GG.

26) Zum Anspruch gegen die Wahlorgane im einzelnen vgl. Nass S. 148 und Greeve S. 92, beide unter Bezugnahme auf Bachof, „Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung“, Tübingen 1951, S. 67; vgl. ferner VGH Tübingen in DÖV 1953, 282.

So gesehen wäre das Wahlrecht nicht, wie N a w i a s k y²⁷⁾ meint, ein Recht mit „Wirkungen von gewisser Dauer“, sondern ein sich in einem einmaligen Akt erschöpfendes Benennungsrecht. Es wäre nichts anderes als ein besonders gestaltetes, im übrigen aber wenig sinnvolles Mittel der Organbildung. Denn wenn es wirklich nur darum ginge, ein Organ zu bilden, dann ließe sich das anderweitig wesentlich leichter und weniger aufwendig bewerkstelligen als durch ein so kompliziertes Verfahren, wie es das Wahlverfahren darstellt. Und weiter: Müßte es nicht derjenige, der die staatsbürgerlichen Mitwirkungsbefugnisse auf den Bereich der unmittelbaren Willensbildung beschränkt, auch für zulässig halten, daß die in einem ordnungsmäßigen Verfahren Gewählten nachträglich wieder ausgeschieden und durch andere, nicht vom Volke berufene Personen ersetzt werden? Wenn er konsequent ist, müßte er dies wohl, denn das Recht, an der unmittelbaren Willensbildung teilzunehmen, würde durch eine derartige Manipulation ja nicht betroffen! Gleichwohl würde wohl jeder zögern, ein solches Verfahren gutzuheißen.

Wie gerade die Absurdität dieser Konsequenz zeigt, kann das Mitwirkungsrecht offensichtlich nicht nur im Zusammenhang mit dem Vorgang des Wählens gesehen werden. Das Wählen ist eben ebensowenig Selbstzweck, wie die Wahl nur funktionalen Charakter hat und nur „technisches Mittel der Behördenstellung“ ist. Das Wahlrecht ist vielmehr unmittelbarer Ausdruck der Volkssouveränität, es ist — wie A f f o l t e r²⁸⁾ ganz richtig sagt — das „organisationstechnische Mittel ihrer Verwirklichung“. Ohne dieses Fundamentalprinzip kann es inhaltlich nicht richtig interpretiert werden.

Volkssouveränität bedeutet — das wurde bereits gesagt²⁹⁾ — Inhaberschaft der höchsten staatlichen Macht durch das Volk. Sie bedeutet das Recht und die Fähigkeit zur ausschließlichen Selbstbestimmung. Andererseits bedeutet Volkssouveränität aber auch — und das ist die Kehrseite — Selbstverantwortlichkeit für das eigene politische Schicksal³⁰⁾. Eben um dieser Selbstverantwortlichkeit willen kann sich das dem Aktivbürger zuerkannte Wahlrecht nicht in einer inhaltsleeren Abstimmungsbefugnis erschöpfen. Das Volk kann sein Schicksal nur selbst verantworten, wenn es die Herrschaft entweder selbst ausübt oder, sofern ihm das nicht möglich ist, durch die von ihm legitimierten Repräsentanten. Nicht nur beim Kurationsakt, sondern für die Dauer der ganzen Wahlperiode muß deswegen der Aktivbürger an der Ausübung der Staatsgewalt beteiligt sein³¹⁾. Es handelt sich dabei zwar nur um

27) Nawiasky S. 212.

28) Affolter S. 47 und 76.

29) oben § 8 II.

30) Dies hat Erich Kaufmann, Grundtatsachen, S. 26, mit Recht hervorgehoben; vgl. auch Nawiasky S. 212 ff.

31) Vgl. in diesem Zusammenhang Maunz-Dürig, Rand Nr. 31 zu Art. 20 GG, wo aus dem Begriff der Demokratie ähnlich wie hier gefolgert wird, die Aktivbürgerschaft müsse durch volksgewählte Personen an der Ausübung der Staatsgewalt beteiligt sein. Damit wird das Mitwirkungsrecht offensichtlich nicht nur auf den Prozeß der unmittelbaren Willensbildung beschränkt. Stier-Somlo, Dt. Reichs- und Landesstaatsrecht, S. 546, nennt das Wahlrecht zutreffend ein Recht des Einzelnen, „an der Bildung des Staatswillens mittelbar teilzunehmen“.

eine mittelbare Beteiligung, um eine Herrschaft durch unabhängige und ähnlich souveräne Personen, wie es das Volk in seiner Gesamtheit ist³²⁾. Aber gerade diese mittelbare Beteiligung des Aktivbürgers durch volksgewählte Repräsentanten bildet den eigentlichen Inhalt des demokratischen Wahlrechts. Dieses erschöpft sich nicht im Vorgang des Wählens, es hat vielmehr auch das Recht zum Gegenstand, nach Maßgabe des Abstimmungsergebnisses während der ganzen Legislaturperiode in der Volksvertretung repräsentiert zu sein. Was Kelsen³³⁾ nur für das passive Wahlrecht gelten lassen will, gilt deswegen auch für das aktive: Es ist seinem Inhalt nach ein Recht auf Repräsentation.

Daß die Wähler einen verfassungsmäßigen Anspruch darauf haben, in der Volksvertretung nach Maßgabe des Abstimmungsergebnisses durch die von ihnen legitimierten Personen mitzuwirken, kommt in der Literatur vielleicht nicht immer deutlich genug zum Ausdruck. In der Wahlgesetzgebung ist dieser Anspruch hingegen seit langem anerkannt. Ersatzwahlen im Falle des Ausscheidens eines Wahlkreisabgeordneten, die Listenachfolge bei der Verhältniswahl und auch die grundsätzlich vorgeschriebene Wiederholungswahl im Falle der Kassation, sie alle gewähren nicht erst das Recht auf Repräsentation, sie sind nur seine Auswirkungen. Wenn dieser an sich ganz selbstverständliche Gedanke in der Staatsrechtslehre auch nicht immer mit der erforderlichen Klarheit hervorgehoben wird, so wird man doch die z. T. ungenauen Inhaltsbestimmungen nicht dahin deuten dürfen, als sei das Wahlrecht nicht mehr als die Befugnis, sich am Wahlakt unbehindert beteiligen zu dürfen. In diesem einschränkenden Sinn kann das Wahlrecht nämlich nur interpretiert werden, wenn man — wie früher Laband³⁴⁾ — rechtliche Beziehungen zwischen dem Volk und seiner Vertretung schlechthin in Abrede stellt. Das wird aber heute nirgends mehr behauptet³⁵⁾. Selbst Seifert, der das Wahlrecht offenbar nur auf die Teilnahme an der unmittelbaren Willensbildung beziehen will, spricht bei der Erörterung der wahlrechtlichen Konsequenzen des sog. SRP-Urteils von der Notwendigkeit einer „verfassungs-

32) Gerade weil die durch Wahlen legitimierten Abgeordneten Repräsentanten des ganzen Volkes sind, ist es gerechtfertigt, ihnen eine ähnlich unabhängige Stellung wie den Repräsentierten einzuräumen. Wenn auch letztlich souverän nur das Volk ist, so beruht die sachliche Unabhängigkeit seiner Vertreter in Wahrheit doch gerade auf eben dieser repräsentativen Eigenschaft, vgl. Peter Schneider in JZ 1961, 37 links oben, und Kelsen, Demokratie, S. 30/31.

33) Kelsen, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925, S. 152.

34) Laband, Staatsrecht, Bd. I, S. 296/97, meinte, daß das Volk kein Rechtssubjekt darstelle und deswegen auch keine Vollmachten oder Aufträge erteilen könne. Die Befugnisse des Volkes beschränkten sich seiner funktionalistischen Betrachtungsweise entsprechend (vgl. oben § 8 Anm. 5) in der Bildung einer Volksvertretung. Da die Vertreter ihre Machtvollkommenheit nicht vom Volke, sondern unmittelbar aus der Verfassung ableiteten, hörte für Laband nach der Wahl „jeder relevante Einfluß des Volkes auf“, a. a. O. S. 297. Affolter S. 83/84 bemerkt demgegenüber mit Recht, daß es in der Demokratie ein unmittelbar durch die Verfassung konstituiertes Staatsorgan neben dem Volk nicht geben könne. Auf seine beherrschende Stellung hat das Volk zugunsten der Volksvertretung auch in der repräsentativen Demokratie nicht verzichtet, dazu im einzelnen: Kind S. 46/47.

35) Über die Beziehungen zwischen Volk und seiner Repräsentation vgl. Müller S. 196 ff. und Stier-Somlo in HdbDtStR I, S. 383, Fußnote 5.

mäßigen Repräsentation des Gesamtvolkes³⁶⁾). Entweder meint er also bei seiner Inhaltsbestimmung nur ein Wahlrecht im engeren Sinn, oder es handelt sich um eine sprachliche Ungenauigkeit.

Das erwähnte SRP-Urteil³⁷⁾ bildet für die hier interessierende Problematik ein instruktives Beispiel. Leider hat sich das Bundesverfassungsgericht zum Inhalt des Wahlrechts auch dort nicht eindeutig geäußert. Schon die knappen Bemerkungen zeigen jedoch, daß das Bundesverfassungsgericht im Wahlrecht offenbar doch mehr sieht als die bloße Abstimmungsbefugnis. Das Gericht hat nämlich am Ende des Urteils die Frage angeschnitten, ob mit dem ersatzlosen Fortfall der Mandate einer für verfassungswidrig erklärten Partei nicht eine Beeinträchtigung der Wähler der ausgeschiedenen Abgeordneten verbunden sei. Zwar hat es für den konkreten Fall eine derartige Beeinträchtigung verneint, weil „das Verlangen, durch den Abgeordneten einer verfassungswidrigen Partei vertreten zu sein, selbst verfassungswidrig wäre“³⁸⁾. Aber im Anschluß hieran hat das Bundesverfassungsgericht die Notwendigkeit einer Ersatz- bzw. sogar einer allgemeinen Neuwahl erörtert³⁹⁾. Das hätte es sicherlich nicht getan, wenn es das Wahlrecht mit der Stimmabgabe als erschöpft ansehen würde. Wenn es gleichwohl eine Neuwahl aus „rechtlichen und wahltechnischen Gründen für unangebracht“ hielt, so ergeben doch die Schlußsätze des Urteils, daß das Gericht diese Lösung selbst nur als provisorisch und im übrigen auch als wenig glücklich empfunden hat⁴⁰⁾.

IV. Folgerungen

Das Recht auf Repräsentation ist, wie zu zeigen versucht wurde, ein unmittelbarer Ausfluß des Satzes, daß alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht. Es hat damit einen spezifisch verfassungsrechtlichen Charakter. Seine eigentliche Bedeutung zeigt sich im Wahlprüfungsverfahren.

Um es zu gewährleisten, dürfen sich die Reaktionen des materiellen Wahlprüfungsrechts niemals auf die Beseitigung des Unrichtigen beschränken. Vielmehr muß immer dann, wenn sich die Zusammensetzung der Volks-

36) Seifert, BWG 56 S. 213; ebenso — allerdings nur andeutend — Maunz-Dürig, Rand Nr. 28 zu Art. 38 GG Fußnote 1.

37) BVerfG 2, 72 ff.

38) a. a. O. S. 74.

39) a. a. O. S. 77.

40) Nach der hier vertretenen Auffassung hätte nach dem Ausscheiden der SRP-Abgeordneten eine Neuwahl unbedingt stattfinden müssen, weil die Wähler infolge des Ausspruchs des BVerfG in ihrem Recht auf Repräsentation beeinträchtigt wurden. Wo es sich um Direktmandate handelte, hätte eine Wiederholungswahl im betreffenden Wahlkreis genügt (so jetzt auch § 49 Abs. 3 BWG 56 und die Mehrzahl der Länderbestimmungen). Wo die SRP dagegen nur über die Landesliste erfolgreich gewesen war, hätte die Wahl im ganzen Land wiederholt werden müssen (anders § 49 Abs. 4 BWG 56, wonach die über eine Landesliste erworbenen Mandate für die Dauer der Wahlperiode unbesetzt bleiben). Es ist dies eine harte Konsequenz, aber wenn schon die sich aus Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG ergebenden Bedenken gegen den automatischen Mandatsverlust zurückgestellt wurden, um ein weiteres Mitwirken der Anhänger einer verfassungswidrigen Partei im Parlament auszuschalten, dann mußte zumindest die verfassungsmäßige Repräsentation des Gesamtvolkes wiederhergestellt werden. Aus diesem Grunde erscheinen die Bestimmung des § 49 Abs. 4 BWG 56 und alle dieser Bestimmung nachgebildeten Vorschriften in den Landes- und Kommunalwahlgesetzen mit Art. 20 Abs. 2 GG bzw. Art. 28 Abs. 1 GG unvereinbar.

vertretung infolge einer Maßnahme der Wahlprüfungsorgane auch nur um einen Sitz verändert hat, die verfassungsmäßige Repräsentation wiederhergestellt werden. Hierbei kann jedoch der jeweils einfachste Weg beschritten werden. Ist z. B. wegen fehlender Wählbarkeit die Wahl eines einzelnen Abgeordneten für ungültig erklärt worden, dann braucht, wenn es sich um ein durch Listenwahl erworbenes Mandat handelt, eine Wiederholungswahl nicht durchgeführt zu werden. Denn bei der Listenwahl haben die Wähler mit ihrer Stimmabgabe für eine Liste bereits am Wahltage nicht nur die Abgeordneten, sondern zugleich auch deren Ersatzmänner benannt⁴¹⁾. Da es sich also ohnehin nur um eine Eventualstimmgebung⁴²⁾ handelt, genügt zur Wiederherstellung der Repräsentation in einem solchen Fall die Berufung des nachfolgenden Listenbewerbers⁴³⁾ 44). Auch in den Fällen, wo eine Berichtigung und Neuverteilung der Mandate möglich ist⁴⁵⁾, läßt sich eine ausschließlich durch den Wählerwillen legitimierte Repräsentation ohne besonderen Aufwand wiederherstellen.

Wo sich dagegen, wie im Falle der Kassation, eine rechtmäßige Repräsentation der Wählerschaft nicht anders erzielen läßt als durch eine Neuwahl, muß die Wahl grundsätzlich wiederholt werden. Hierauf haben die Wähler unabhängig von der jeweiligen Gesetzeslage einen verfassungsrechtlichen Anspruch⁴⁶⁾. Bestimmungen, die wie das Weimarer und das Preußische Wahlgesetz die Durchführung einer Wiederholungswahl in das Ermessen der Wahlprüfungsorgane stellen oder sie sogar gänzlich ausschließen, sind unvereinbar mit dem verfassungsmäßig verankerten Mitwirkungsrecht des Volkes an der staatlichen Willensbildung. Im Prinzip muß dies auch für eine Regelung gelten, die das Mitwirkungsrecht nicht generell, sondern nur für einen begrenzten Zeitraum vorenthält. Denn grundsätzlich muß sich die Repräsentation auf die ganze Wahlperiode erstrecken.

41) Vgl. BVerfG 7, 71 f.; Nass S. 122; das WPG beim LT von Rheinland-Pfalz spricht insoweit zutreffend von einer Anwartschaft der Ersatzmänner, vgl. AS Rh.-Pf. 3, 416; ebenso auch VG Kassel in DÖV 1952, 184, und VGH München in VGHE N. F. 14, 34 unter b, aa).

42) So Westerath S. 12 oben und Jacobi in Festgabe für Richard Schmidt, Leipzig 1932, Bd. I, S. 80; vgl. auch Seifert, Nachtrag 1961, Anm. 14 zu Art. 38 GG.

43) Vgl. z. B. § 48 BWG 56. Im Gegensatz hierzu will Nass S. 121 (ähnlich Pr. OVG 78, 37/38) im Falle der Unwählbarkeit eines Listenbewerbers jeweils in konkreter ermitteln, „welchen Einfluß die Kandidatur des Unwählbaren auf die für die Liste abgegebenen Stimmen gehabt haben kann“. Im Einzelfall hält Nass eine Reparatur nur durch eine Wiederholungswahl für möglich. Dabei übersieht er jedoch den der Listenwahl zwangsläufig zugrunde liegenden Eventualcharakter der Stimmgebung. Die Stimme wird primär dem ersten und eventualiter den nächstfolgenden Kandidaten zugerechnet. Im Ergebnis wie hier: Schiller S. 46, 59 und 116/17; Rietdorf, Kommentar § 36 Anm. 3; Seifert, BWG 56 S. 333; Ball S. 237. Über den Fall, wo eine Ergänzung aus der Liste wegen Erschöpfung nicht mehr möglich ist, vgl. VGH Freiburg in VerwRspr. 5, 856.

44) Daß hingegen eine Listennachfolge bei Unwählbarkeit eines Wahlkreisbewerbers nicht möglich ist, wie Seifert, BWG 56, S. 196 unter 1) und Werner Schmitt S. 32 und 39, Fußnote 119 behaupten, hat Schiller S. 65 ff. mit ausführlicher Begründung nachgewiesen; ebenso Nass S. 121, Fußnote 18.

45) Vgl. oben § 15 II.

46) Dies übersieht das OVG Koblenz (AS Rh.-Pf. 2, 186 ff., Leitsatz 1 und S. 191/92), wenn es zunächst sagt, zum Inhalt des Wahlrechts gehöre auch der Anspruch auf Neuwahlen, dann aber den Zusatz macht, „sofern sie durch Gesetz oder eine dem Gesetz gleichstehende Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes vorgeschrieben sind“. Nicht erst das Gesetz oder ein verfassungsgerichtlicher Spruch geben den Anspruch, sondern der Anspruch ergibt unabhängig hiervon unmittelbar aus dem Prinzip der Volkssouveränität.

Gleichwohl wird man die erwähnten Bestimmungen des Bundes- und einiger Landtagswahlgesetze⁴⁷⁾ nicht als verfassungswidrig bezeichnen dürfen. Im Grunde bedeutet nämlich die dort getroffene Regelung, wonach eine Wiederholungswahl unterbleibt, wenn innerhalb von 6 Monaten nach der Kassation eines Teilkaktes eine allgemeine Neuwahl stattfindet, keine, oder doch nur eine ganz unbedeutende Beeinträchtigung der staatsbürgerlichen Mitwirkungsrechte. Das liegt in den wahltechnischen Schwierigkeiten und in den Unzulänglichkeiten begründet, die jede Wiederholungswahl mit sich bringt. Zu ihrer Durchführung bedarf es zunächst umfangreicher Vorbereitungen. Der neue Wahltermin muß festgesetzt und neu bekannt gemacht werden, die Wahlberechtigten müssen, da seit der Hauptwahl mehr als 6 Monate verstrichen sind⁴⁸⁾, neu erfaßt und benachrichtigt werden. Auch die alten Wahlvorschläge bedürfen infolge zwischenzeitlich eingetretener Veränderungen möglicherweise eine Ergänzung. Da außerdem noch die neuerstellten Wählerverzeichnisse zur Einsicht ausgelegt und etwaige Einsprüche bearbeitet werden müssen, werden bis zum Tage der Wiederholungswahl in aller Regel bereits 2 Monate verstrichen sein⁴⁹⁾. Weitere Zeit vergeht über die zwingend vorgeschriebene Benachrichtigung der Gewählten und dem Ablauf der ihnen zur Annahme des Mandats eingeräumten Erklärungsfrist. Für die Mitwirkung an der staatlichen Willensbildung würden den neu zu wählenden Repräsentanten demnach kaum mehr als 3 Monate verbleiben. Aber auch dann wäre eine sachlich ersprießliche Mitarbeit erst nach einer gewissen Einarbeitungszeit möglich, wobei hinzukommt, daß die Monate vor der Neuwahl regelmäßig durch den Wahlkampf in Anspruch genommen werden. Da es mithin für eine echte Mitwirkung am staatlichen Geschehen regelmäßig zu spät ist, wäre es wenig sinnvoll, um des formalen Anspruchs willen noch kurz vor Ablauf der Legislaturperiode eine Wiederholungswahl durchzuführen. Der dadurch bedingte Aufwand stünde in keinem Verhältnis zum angestrebten Erfolg.

Eines darf indessen nicht verkannt werden: Es handelt sich bei den angeführten Bestimmungen nicht um eine echte Ausnahme von der Regel. Diese entspringen vielmehr der Einsicht, daß sich das Prinzip der Volkssouveränität unter bestimmten Umständen nicht mehr verwirklichen läßt und daß es unter solchen Umständen sinnwidrig wäre, auf der Regel zu beharren. Wo dagegen eine Verwirklichung der Regel möglich ist, können selbst gewich-

47) Vgl. oben II Anm. 11.

48) Obwohl es an sich dem Grundgedanken der Wiederholungswahl entspricht, nur diejenigen Wahlberechtigten zu berücksichtigen, die bei der fehlerhaften Hauptwahl mitwirkungsberechtigt waren, legen heute nahezu alle Wahlgesetze die Wählerlisten vom Tage der Wiederholungswahl zugrunde, wenn seit der Hauptwahl mehr als 6 Monate verflossen sind. Theoretisch ist dies bedenklich, weil einzelne Jungwähler im Bezirk der Wiederholungswahl gleichaltrigen anderen gegenüber bevorzugt werden (Gleichheit der Wahl!). Praktisch werden sich aber nach längerer Zeit durch Wohnsitzwechsel und ähnliches die alten Wahlberechtigten nicht mehr erfassen lassen, vgl. Seifert, BWG 56, S. 198 unter 3 b). Die schweizerische Praxis legt deswegen jeder neuen Verhandlung das Stimmenregister neuesten Standes zugrunde, vgl. Piccenoni S. 172.

49) Die im § 15 Anm. 62 und 63 erwähnten Bestimmungen sehen, mit Ausnahme der rheinl.-pfälzischen Regelung (4 Monate!), bis zum Wiederholungstermin eine 60-Tage-Frist vor

tige Gründe, wie das von Seifert⁵⁰⁾ angeführte Bedürfnis nach stabilen Regierungsverhältnissen eine Beeinträchtigung der demokratischen Mitwirkungsbefugnisse nicht rechtfertigen. Zweifellos besteht ein gewichtiges staatspolitisches Interesse daran, daß die Kontinuität des staatlichen Lebens nicht fortwährend durch Neuwahlen in Frage gestellt wird. Man ist deswegen allzuleicht versucht, auch in diesem Zusammenhang dem Gedanken der Handlungs- und Funktionsfähigkeit der zu wählenden Körperschaft Raum zu geben. Bei der Verwirklichung der einzelnen Wahlrechtsgrundsätze ist dieser Gedanke seit langem zu einem legitimen Zweck erklärt worden⁵¹⁾. Er ist — wie wir oben gesagt haben⁵²⁾ — sogar eine unmittelbare Forderung der repräsentativen Verfassung. Ebenso wenig, wie der Gedanke der Aktionsfähigkeit jedoch den Bestand einer fehlerhaft zusammengesetzten Volksvertretung rechtfertigen kann⁵³⁾, kann er auch nicht herangezogen werden, um von einer Wiederherstellung der verfassungsmäßigen Repräsentation der Wählerschaft abzusehen. Denn hier wie dort geht es nicht um die Verwirklichung einzelner Wahlrechtsgrundsätze, sondern um das demokratische Mitwirkungsrecht als solches. Dieses besteht zwar nur in den Grenzen, die sich die einzelnen Wahlrechtsgrundsätze infolge ihrer Gemeinschaftsbezogenheit gefallen lassen müssen⁵⁴⁾. Es ist inhaltlich in gewissen Beziehungen durch das jeweilige Wahlsystem bereits eingeschränkt. Von der Teilnahme an der staatlichen Willensbildung im ganzen kann der Wahlberechtigte dagegen prinzipiell nicht ausgeschlossen werden, und wenn dies gleichwohl bis zur Grenze der Erheblichkeit immer wieder geschieht, so läßt sich ein derart empfindlicher Eingriff überhaupt nur durch das Mehrheitsprinzip rechtfertigen. Würde man über diese Grenze hinaus weitere Ausnahmen zulassen, dann hieße das den Grundsatz der Volkssouveränität mißachten. Diesen im Rahmen eines geordneten Verfahrens zu verwirklichen, ist aber das Ziel und die Aufgabe aller Maßnahmen der Wahlprüfung.

50) Seifert, BWG 56, S. 213.

51) Vgl. neben den Zitaten in § 10 Anm. 5 noch BVerfG 4, 375. Westerath begründet dies, indem er darauf hinweist, daß neben den Grundpostulaten der Demokratie, der Idee nach weitestmöglicher Freiheit und Gleichheit, auch der Gedanke der Brüderlichkeit zu berücksichtigen sei.

52) Vgl. oben § 10 I am Ende.

53) Vgl. oben § 10 II.

54) Zur Gemeinschaftsbezogenheit der Wahlrechtsgrundsätze vgl. v. Mangoldt-Klein, Erl. III 2 b zu Art. 38 GG.

LEBENS LAUF

Am 19. 6. 1933 wurde ich als Sohn des Rechtsanwalts Wilhelm Karpenstein und seiner Ehefrau Ilse, geb. Eylmann, in Stettin geboren. Ich besuchte von Ostern 1939 an die Volksschule in Berlin und später — infolge der Kriegswirren — verschiedene Oberschulen in Deutschland. Die Reifeprüfung bestand ich im Frühjahr 1953 am Realgymnasium in Lauterbach/Hessen. Nach einem Studium von sieben Semestern an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität in Frankfurt a. M. legte ich die erste Staatsprüfung ab und studierte alsdann während des juristischen Vorbereitungsdienstes noch zwei Semester an der Johannes-Gutenberg-Universität in Mainz. Die zweite juristische Staatsprüfung bestand ich am 20. 11. 1961, die mündliche Doktorprüfung am 27. 2. 1962. Ich bin seit April 1962 als Richter im Hessischen Staatsdienst beschäftigt.

